JOSEPHI
AVERANII,
INTERPRETATIONUM
JURIS
LIBRI QUINQUE.

Digitized by Google

Digitized by Google

JOSEPHI AVERANII,

V. CL. Juriſconſulti, & in illuſtri Academiâ Piſanâ, dùm viveret, Anteceſſoris,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBRI QUINQUE;

IN QUIBUS MULTA CUM JURIS CIVILIS, tùm aliorum Veterum Scriptorum loca novâ ratione illuſtrantur:

Multa item ex Antiquitate Romanâ Græcâque doctè pertractantur.

EDITIO NOVISSIMA

In duos Tomos diſtributa, cum Indicibus, & Vitâ Auctoris.

TOMUS PRIMUS.

LUGDUNI,
Typis PETRI BRUYSET,
Sumptibus FRATRUM DE TOURNES.

M. DCC. LI.

CUM PRIVILEGIO REGIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOPOLÆ
LECTORI.

EN tibi, Lector Amice, integræ *Interpretationum Juris* à viro clariſſimo Josepho Averanio, Juriſconſulto celeberrimo, & in illuſtri Academiâ Piſanâ Anteceſſore, miro labore conſcriptarum collectionis hanc novam Editionem elargientes, non, ut pleriſque Librariis mos eſt, qui Auctores quorum Opera venalia exponere geſtiunt, inutili magis vel etiam moleſto verborum ſtridore, quàm dignis elogiis efferre ſolent, nos & ita faciemus. Eſt enim Josephi Averanii nomen tam illuſtre, ut nullo noſtro egeat præconio; & opus quod edimus, tam præclarum, ut ſummam laudem attigiſſe videatur. Id potiùs negotii nobis incumbit, ut quâ ratione tota hujus tam eximii operis compages quinque in Libros diſtributa, primùm publici juris facta fuerit, prævio hoc monito te doceamus; quod quidem quàm breviori fieri poterit diſcurſu abſolvemus. Scias itaque, Lector Amice, duos priores harumce Juris Interpretationum Libros diligenti V. C. Henrici Brencmanni ſollicitudini deberi, qui cùm Florentiæ collationi unici poſt tot ſæcula theſauri ſuperſtitis MS. Pandectarum, ut hodiè vocantur, Florentinarum, operam daret, venit ſimul in notitiam & familiaritatem V. C. Josephi Averanii, Juris Profeſſoris Ordinarii Piſani; & utrimque rebus quæ ad Jura eorumque ſtudia pertinent, communicatis, Capita quædam Operis à ſuprà memorato viro celeberrimo compoſiti, cui titulum fecerat *Legum Interpretationes*, ſelecta vidit, in quibus cùm profundam Viri doctiſſimi admiraretur eruditionem, tùm limatum judicium, ſummamque Jurisprudentiam, induxit animum in patriam mittere ſpecimen unum alterumve ad V. A. Cornelium van Bynkershoek, ſummi Batavi Senatûs Conſiliarium, & ad V. CL. Gerardum Noodt, Anteceſſorem in Academiâ Batavâ, alioſque ſummos graviſſimoſque Juris peritos. Omnibus verò admodùm placuiſſe ſatis ſuperque fidem facit, quòd uno ore, unoque animo ſuaſerunt, ut uſui commodoque communi Juris ſtudioſorum integrum Opus (quod ſcilicèt duobus prioribus Libris tunc ſolummodò conſtabat) publicaretur & in vulgus ederetur. Eâ igitur motus auctoritate V. C. Brencmannus ab Auctore impetravit, ut ſupradictum Opus in Belgium tranſmitteret, tranſmiſſumque V. C. Gerardi Noodt nutu & conſilio prælo ſubjecit, duobuſque tomis *in* 8°. excuſum publico exhibuit Typographus Lugduno-Batavus. Hæc

ã iij

de duobus prioribus libris dicta ſufficiant. Quod autem ad tres poſteriores Libros attinet, & quomodò publicam in lucem primùm prodierint, jam nobis ſupereſt dicendum, quod etiam breviſſimè exponemus. Notum itaque ſit tibi, LECTOR AMICE, memoratos tres poſteriores hujus operis Libros poſthumos, deberi humanitati Viri nobiliſſimi, & Diſcipuli Averanio digni, Antonii Nicolinii, ex Marchionibus Pontis Sacci & Caſtri Camuliani, cui moriens Auctor illos numeris ſuis abſolutos commendaverat, ut tamquàm pignus amicitiæ ſervaret; & ſi tanti viderentur, Belgis in lucem proferendos daret. Hic igitur Vir optimus, poſtquàm egregiam induſtriam in Summariis & Indicibus conficiendis adhibuiſſet, in Belgium alteri etiam Lugduno-Batavo Librario eâ lege opus tranſmiſit, ut luculenter, & quoad ejus fieri poſſet, accuratè typis vulgaretur. Quam quidem Editionem cùm adornaret, commodè illi, ut publicè fatetur, ſuccurrit conſilium auxiliumque V. CL. Joannis Conradi Ruckeri, Jcti & Anteceſſoris in Academiâ Lugduno-Batavâ celeberrimi. Multa prætereà quæ illi ex Italia tranſmiſſa fuerant ad Hiſtoriam Vitæ Averanii illuſtrandam pertinentia, Etruſco & Latino ſermone conſcripta, Viro cuidam Juris & Averanii nominis amantiſſimo tradidit, ut indè Vitam doctiſſimi Viri, quò ab omnibus legi poſſet, latinè concinnaret. Recenſionem etiam omnium ejus ſcriptorum, quam illi communicaverat Reverendus Abbas Martinus, adjecit; & hæc omnia typis excuſa & tribus tomis *in* 8°. comprehenſa, in publicum evulganda curavit. Hæc eſt, LECTOR AMICE, vera & genuina prioris Averanii operis Editionis Hiſtoria. Quod verò plures & diverſis temporibus diſtributo penſo ediderunt Lugduno-Batavi Bibliopolæ, nos ſoli & indiviſo onere, uno eodemque tempore publicandum ſuſcepimus, nulli dubitantes, quin collecta magis, quàm ſparſa tibi arrideant tam eximii Auctoris Opera. Quâ ſpe freti, variis Indicibus tum Legum quæ in hoc Opere explicantur, tum etiam Rerum & Verborum quæ in illo continentur, qui juxtà priorem illius diſtributionem, ſeparatim duobus prioribus Libris, & tribus poſterioribus adjecti fuerant, in unum accuratâ quantùm licuit diligentiâ concinnatis & ordinatis; Vitâ etiam & ſingulorum noſtri Auctoris ſcriptorum recenſione in principio præmiſſis, integrum hoc Opus duobus tomis contentum, & pro ſolito noſtro majori tuæ commoditati inſerviendi more, unum in corpus conflatum, tibi fruendum exhibemus, LECTOR AMICE. Annue labori, & Vale.

V I T A
JOSEPHI AVERANII.

QUASI ita in fatis fuiſſet, ut, quo in loco humaniores litteræ, barbarè diù oppreſſæ, rursùs caput extulerunt, in eodem & Juriſprudentia, numquàm ab his ſeparanda, priſtino nitori reſtitui debuiſſet: ita utræque in Italia eodem ferè tempore nec diſſimili ſucceſſu de inſigni injuriâ, quam impuriſſimus quiſque iis intulerat, glorioſè triumpharunt. Poſtquàm enim immortalis ille *Petrarcha*, inprimiſque Græci in Italiam profugientes humanitatis ſtudia à ſuperiorum temporum fecibus repurgaſſent, extitit etiam, qui tenebras Juriſprudentiæ ab inconditâ Gloſſatorum turbâ offuſas, miro litterarum lumine diſpelleret, *Andreas Alciatus*. Verum uti non quælibet terra quaſlibet, ut ait ille, herbas alit, ita & Italia artium ferè omnium parens & altrix, Juriſprudentiam, quamquàm denuò protulerat, tamen Galliæ quaſi nutriendam ornandamque conceſſit. Ac pauci quidem deindè, ſi eorum memoria replicetur, in Italiâ ſunt inventi, qui ſibi nominis quoddam decus in Juriſprudentiâ peperiſſent. In his verò extitit nuper, qui non ſolùm civibus ſuis, ſed multis prætereà aliarum gentium Juriſconſultis palmam dubiam reddidit, Vir Eximius, *Joſephus Averanius*. Quem ego ſi Juris tantùm ſummam ſcientiam conſecutum dicerem, magnum illud quidem eſſet, & honoris haud vulgaris plenum, ſed tamen infià dignitatem meritumque tanti viri; cùm is tot alias graviſſimaſque artes tam ſolerti ſit ingenio complexus, ut in quâlibet earum cum his, qui omnem ætatem in iis contriverunt, certare potuiſſe videatur. Nihil enim ætas noſtra vidit *Averanio* Græcis Latiniſque litteris politius, nihil in Antiquitatis monumentis ſagacius, nihil in Matheſi & Philoſophiâ acutius, nihil deniquè in Juriſprudentiâ excellentius. Hunc virum talem ac tantum Italiæ ocellus, Florentia, civitas, ut conſtat, præſtantium ingeniorum ferax, d. 20. Martii Anno 1663. protulit. Patre ille uſus eſt *Joanne Franciſco Averanio*, homine erudito & Matheſi inprimis dedito; matre *Margaretha Sacchettina*. Fratrem natu majorem habuit Italiæ ſuæ Tullium, *Benedictum*, cujus diſertiſſima opera extant, cupidèque ab iis, qui Latinarum Venerum ſunt intelligentiores, leguntur; fratrem verò minorem, *Nicolaum*, Juriſconſultum, inter principes Italiæ Mathematicos jure ſuo referendum. Adoleſcens *Joſephus* unà cum *Nicolao* in Collegio Florentino iis artibus eruditus eſt, quibus puerilis ætas impertiri ſolet; idque inprimis duce doctiſſ. *Garia*, quò jam anteà *Benedictus* magiſtro fuerat uſus. Hic cùm brevi tempore tantùm profeciſſet, ut ipſum præceptorem in admirationem ſui raperet, contulit ſe indè ad graviorum doctrinarum ſtudium, idque Piſas, ubi tum frater *Benedictus* magnâ cum nominis famâ limatioris Græciæ Latiique cultum tradebat. Dedit igitur per quatuor annos Fratri aliiſque artium & Juriſprudentiæ doctoribus eam operam, quam haud exſpectes ab adoleſcente tam teneræ ætatis. Itaque annum viceſimum vix dum egreſſus, tanta cùm in Jure, tùm in Geometriâ jam ceperat incrementa, ut non ſolùm doctoris inſignia conſequi poſſet, ſed aliis etiam in his artibus ingenti cum laude viam præiret. Teſtem hujus rei excito ipſum

Fratrem *Benedictum*, qui in luculentâ Oratione, quâ *Joſepho* & *Nicolao* Doctoris ornamenta detulit, quamvis à pudore ſuo vix impetraverit, verè tamen ita prædicavit: *Quo probè conſtituto, jam audacter fatebor, meos candidatos, & eloquentiæ ſtudiis ita deditos fuiſſe, ut & carmen condere non abſurdè, & orationem componere poſſint non ineleganter; & in hiſtoriâ atque antiquitate cognoſcendâ plurimùm temporis conſumpſiſſe; &, cùm viderent Latinas litteras ſine Græcis quodammodò claudicare, aſſumendam ſibi Grææ linguæ cognitionem cenſuiſſe; quo in ſtudio mirificos profectus habuere. Dicam ego quod ſentio, & dicam non augendi causâ, ſed quòd ita ſe rem habere certò ſciam; paucos arbitror hoc tempore adoleſcentes tantam eſſe Latini ſermonis, quantam hi Græci ſunt, ſcientiam conſecutos. Quotus enim quiſque in hâc tenerâ ætate præcipuos Latinitatis Auctores ſtudioſè lectitavit, aut commodè poteſt aliis, & ſcienter explicare? At hi non principes modò Græci ſermonis Auctores, ſed multos alios aſſiduâ lectione contriverunt, & ſtudioſis adoleſcentibus interpretantur; docendique litteras Græcas munere eâ ætate funguntur, quâ ſi diſcerent, non vulgarem laudem adepti putarentur. Jam in Philoſophia artium parente, magiſtrâ vitæ, luce veritatis, quantùm profecerint, ſi dicere inſtituam, vereor, ne oblitus propoſiti mei videar, horum laudes exaggerare velle dicendo. Sed, ut volet, quiſque exiſtimet: ego verum non occultabo: omnia hi veterum Philoſophorum placita, omnes rationes, omnes indagandæ veritatis vias tenent. Ad hæc quæcumque ſunt recentiorum ingeniis inventa præclarè, animo & cogitatione comprehenderunt, &, aut me amor ſallit, aut nemo æqualium his eſt, vel in diſſerendo ſubtilior, vel in excogitando acutior, vel in colligendo ſolertior. Quid autem de Mathematicis dicam? non elementa Geometriæ ſolùm, ſed arcana magis recondita, Apollonii doctrinam admirabilem, Archimedis inventa divina, aliorum præterea cùm veterum, tùm recentium habent cognita & pertractata. Quâ freti ſcientiâ, & à Geometris propoſitas ſolvere quæſtiones, & multa ſuo Marte poſſunt, eaque non contemnenda ſagaciter invenire. Quid, quòd in illam ſiderum altitudinem animum cœleſtium capacem ſubduxerunt, multiplicesque & inenarrabiles aſtrorum vias modò ſe humiliùs circumagentium, modò in immenſam altitudinem ſubeuntium, retrogradientium, ſuos curſus retardantium, accelerantium, conſiſtentium, & eorum ortus obituſque & latitudines, & longitudines, & intervalla, & magnitudines cognoverunt? & Ptolomæum clariſſimum cœli interpretem, ſed cujus libri in magnâ rerum & orationis obſcuritate verſantur, inter ſidera ſpatiantem, & abditiſſima naturæ arcana rimantem, & permeantem per ſe nullo duce ſunt aſſecuti; quod, quantùm ſit opus, explicarem, niſi adeſſe viderem doctiſſimos viros, qui experiendo didicerunt. Quæ tanta ingenii, eloquentiæ, doctrinæ ornamenta, his præſertim moribus, integritate vitæ, modeſtiâ, gravitate, continentiâ illuſtrata, cùm ad noſtrum Jus civile contulerint, lætandum nobis eſſe duco: ſpero enim haud exiguum olim, cùm ſe confirmaverint, Juriſprudentiæ lumen allaturos. Sed, ut ornabunt hi Juriſprudentiam, ita par eſt, ut ab ipſâ interim Juriſprudentum ornentur inſignibus; quapropter ipſis ea lætus lubenſque, vobis, Patres, decernentibus, trado.*

Joſephus verò exſpectationem omnem, quamlibet magnam, ut ſuperaret, acriter pergebat in decretis veterum Philoſophorum perquirendis, explicandis Mathematicorum Problematibus, aſtrorumque mirabili curſu cognoſcendo. Multùm tribuebat ſapientiæ Philoſophi Stagiritæ, ita tamen, ut illi Philoſophorum Deo, Platoni primas deferendas cenſeret. Hunc enim ingenii doctrinæque principem ponebat, ab hoc tamquàm fonte, ratus, omnem ſolidiorem doctrinam latiſſimè dimanare. Quid verò dicam de familiaritate, quam cum antiquis Mathematicis contraxerat? Teſtes ſunt Interpretationes ejus nondum editæ in *Archimedem*, ejuſque interpretem *Eutocium*, & in *Ptolomæi Almageſtum*; quæ ſi quando ab interitu vindicentur, habebunt profectò harum rerum ſtudioſi, qui iis facem præferat in tot tamque obſcuris horum Auctorum locis intelligendis. Hos artis magiſtros

etſi

Digitized by Google

etſi ſummo ſtudio triverat *Joſephus*, excellens tamen fuit & propè ſingularis ejus induſtria, quam poſuit in *Apollonii* doctrinâ dilucidandâ. In quâ quidem quò plures difficultates reperit, eò magis ſibi eluctandas eſſe putavit. Cùmque haud neſcius eſſet, Geographiam Matheſeos partem eſſe minimè poſtremam; tantâ hujus cognoſcendæ cupiditate incenſus eſt, ut Græcos Latinoſque Geographos omnes incredibili ſtudio perlegeret, verteretque in uſus ſuos.

Redux Piſas *Averanius* in dies illuſtriora dedit doctrinæ ſuæ documenta, auctore imprimis & adjutore *Ant. M. Salvinio*, cujus ſibi amicitiam pepererat morum ſtudiorumque ſimilitudo. Huic viro Græcè tam docto tamque polito merito adhæſit *Averanius* noſter, numquàm, quod ipſe faſſus eſt, niſi Græcè doctior, ab ejus latere decedens. Quamquàm verò ipſe, ut diximus, variis doctrinis animum adjecit, tamen quaſi impetu quodam ſingulari ad Juriſprudentiam ferebatur. In quâ quidem quot nodos ſolverit, quantaſque tenebras diſſipaverit, indicio ſunt doctiſſimæ ejus Interpretationes. Non eſt neceſſe, ut multas eruditorum, quibus opus hoc ornarunt, laudes congeramus. Satis erit, Hiſpaniæ ſuæ decus, *Gregorium Manjanſium* audire, qui non minùs ſcitè, quàm verè ita judicat: *Hoc ſcribendi genere ſuperat* Averanius *omnes antè ſe interpretes. In diſputationibus iſtis dubium eſt utrum majus ingenium, an judicium; expeditio, an elegantia.* Conſtat, varias eſſe vias, quas ingreſſi Juriſconſulti leges Romanas interpretari vel emendare ſolent. Cùm enim alii in locis dubiæ lectionis ad Florentinorum Pandectarum, alii ad Græcorum, alii denique ad Vulgatæ editionis auctoritatem ſe conferunt, *Averanius* noſter Vulgatam, quoad ejus fieri poſſet, ſequendam putavit. Erat enim vir præſtantiſſimus à corrigendi ſtudio alienior: quod cùm alibi ex ejus Interpretationibus, tùm vel maximè ex juſto acerbiore in Criticos præfatione, Fratris *Benedicti* Operibus præmiſſa, patet. Neque tamen reſpuebat omninò lectionem Florentinam, ſi vel ratio vel conſenſus alterius Codicis acceſſiſſet. Interim fatendum eſt, tanto eum acumine, tamque limato judicio Vulgatæ cauſam egiſſe, ut facilè appareat, eum cum Juris ſtudio ſubtilem Geometrarum demonſtrandi rationem conjunxiſſe.

Fama igitur nominis ejus latiùs increbreſcente, COSMUS III. Dux Maximus, dignum eum imprimis cenſuit, cui Juris Civilis docendi provincia in Academiâ Piſanâ mandaretur. Ac tantùm abfuit, ut Principis aliorumque exſpectationem falleret, ut potiùs conjungendis Græcarum litterarum cum Jure Civili inſtitutionibus longiſſimè ſuperaret. Itaque factum eſt, ut brevi poſt à Principe Maximo filio ſuo JOANNI GASTONI, & deindè Magno Florentiæ Duci præceptor daretur. Ad quem quidem felicitatis gradum quamvis ſuâ virtute pervenerit, acceſſit tamen & commendatio *Henrici Noriſii*, qui eodem tempore Principi hiſtoriæ & numiſmatum ſcientiam tradebat. Atque hoc vel proptereà commemorandum putavi, quia non minor laus eſt, *Noriſio*, quàm tanto Principi placuiſſe. Profectò, ſi dicendum, quod res eſt, *Averanius* non umbram ſcientiæ, ſed ſcientiam ipſam, neque earum unam alteramve, ſed totum illum doctrinarum orbem, quem Græci apto verbo ἐγκυκλοπαιδείαν vocant, capaci eſt ingenio complexus. Quod niſi libri ejus ſatis loquerentur, tot Itali adhuc eruditione florentes, tot diſcipuli liberali ab eo impertiti doctrinâ ingenuè teſtarentur. Non tulit ſuperiori memoria Italia, quem non dicam anteponere, ſed comparare cum *Noriſio* potuiſſet. Atque hic vir talis ac tantus ſtupuit ad doctrinam, quam *Averanius* legendis Conciliis, Canonibus, Patribus & Apologeticis erat conſecutus.

Nihil umquàm gratius accidit *Joſepho* noſtro conſuetudine hominum eruditorum. Cùmque tantâ eſſet morum ſuavitate, ut omnes facilè alliceret ad amorem ſuî, eruditione autem tantâ, ut quiſque eum diſſerentem libentiſſimè audiret, pervenit in amicitiam eximiorum virorum, *Henrici*, quem diximus, *Noriſii*, *Antonii M. Salvinii*, *Rilli*, Juriſconſulti, Comitis *Magalotti*, *Forzoni Accolti*, *Migliorucci Gianneti*, *Grandii*, *Valſechii*, *Gorii*, & aliorum. Quam quidem ita conſtanter coluit, ut nulli umquàm cauſa conquerendi fuerit data.

Digitized by Google

Prudentia quanta fuerit, vel hoc indicio erit, quòd eum non viri ſolùm eruditi, ſed ipſe Princeps COSMUS III. ejuſque primores amici gravibus de rebus in conſilium adhibuere. Neque hoc prætereundum eſt, quòd imprimis commemorari meretur, Rotam Romanam clarorum Juriſconſultorum adhuc viventium auctoritate uti, ſed nomen reticere ſolitam, quoties *Averanium* ad partes vocaret, à ſemetipsâ deſciviſſe, ejuſque & auctoritatem laudaſſe & nomen.

Dicerem, rerum quoque naturalium ſingularem in eo peritiam fuiſſe, niſi quiſque ex Obſervationibus Philoſophicis, Phyſicis & Mechanicis, quæ in Tranſactionibus Societatis Londinenſis (cujus membrum fuit) extant, judicium facere poſſet. Sæpe in Obſervatorio Academiæ Piſanæ unà cum aliis Profeſſoribus præſertim ope Machinæ Pneumaticæ *Boyleanæ*, præſente COSMO III. ejuſque filio, Phyſicas Obſervationes inſtituit. Ipſius etiam quædam ſunt de ſoni propagatione experimenta; in quâ indaganda ſe ei adjunxit Vir Illuſtris, *Henricus Newtonus*, Regis Britannorum ad Florentiæ Ducem Legatus. Hujus aliorumque laborum fructum cùm ſæpius tulit, tùm Anno 1721. quando ornatiſſimi quique *Averaniæ* diſciplinæ alumni æneum ei numiſma cum effigie dedicarunt.

Nec poeticæ ſuavitatis, quòd mireris, expers fuit, quamvis terricæ Juriſprudentiæ & tot gravioribus doctrinis addictus. Carmina quidem ejus ob verborum ſententiarumque ſplendorem ita ſe probarunt judici harum rerum vel imprimis perito, *Petro Burmanno*, ut ea ſibi typis vulganda poſtularet; ad quem etiam *Averanio* adhuc ſuperſtite ſunt tranſmiſſa. Hæ igitur fuere præcipuæ dotes *Averanii* noſtri, quas, cùm per ſe pateant, latiùs perſequi non eſt neceſſe. Quemadmodùm verò ad litteras natus factuſque videbatur, ita & in iis ſibi conſeneſcendum putavit. Neque quidquam priùs ab induſtriâ ſolitâ remiſit, quàm d. 5. Dec. 1737. quandò apoplexia, quâ deindè per decem ferè menſes crudeliſſimè eſt vexatus, memoriam ei abſtulit omnem. Expiravit verò cælebs, caſtitatis, ſi quis alius, ſervans, d. 24. Auguſt. 1738. horâ 9. matutinâ, annos natus 75. menſes 5. dies 4. Bona ſua teſtamento reliquit Patribus Hoſpitalaribus *S. Joannis*. Bibliothecam lectiſſimam donavit Academiæ Piſanæ, varios præterea amicos legatis ornans. Sequenti die, qui Lunæ erat, corpus ejus in Eccleſia PP. Prædicatorum *S. Marci* ſepulchro eſt conditum. Quâ de re ut omnes certiores fierent, juſſit Ampl. Senator, *Petrus Franciſcus Riccius*, Præſes Ordinis Equitum S. Stephani, & Academiarum Piſanæ & Florentinæ, *Averanii* quondam diſcipulus, ſequens elogium à doctiſſ. *Gorio* confectum portæ Eccleſiæ inſcribi.

ADESTE CONLACRYMANTES FLORENTINI CIVES.
PERPETVI MOERORIS ET LVCTVS NON VNA VOBIS CAVSA.
IOSEPHVS AVERANIVS
IVRISPRVDENTIAE MAXIMVM LVMEN.
BONARVM ARTIVM COLVMEN.
PATRIAE DECVS, PISANI ATHENAEI BENEFICVM SIDVS.
AETATIS NOSTRAE INSIGNE ORNAMENTVM.
ELOQVENTIAE,
PHILOSOPHIAE, GEOMETRIAE, ASTRONOMIAE,
CVNCTARVMQVE DISCIPLINARVM ARBITER DOCTISSIMVS.
SVMMVS NATVRAE
RERVM, OMNISQVE ANTIQVITATIS INTERPRES.
EXTINCTVS EST.
VIRO IVSTO. PRVDENTI. OPTIMO. CHRISTIANA PIETATE.
MODESTIA. CONTINENTIA
ANTIQVIS ILLIBATISQVE MORIBVS ORNATISSIMO.
AMORE. CONSILIO.
LIBERALITATE DE OMNIBVS
PRAESERTIM EGENIS OPTIME MERITO.
EDITIS EDENDISQVE RARISSIMI INGENII
SVI MONIMENTIS IN OMNIVM SAECVLORV
MEMORIA SEMPER VICTVRO.
LVCIS AETERNAE CONSORTIVM
ADEO ENIXIS PRECIBVS IMPLORATE.

Digitized by Google

Antonius verò *Nicolinius*, Vir Nobiliſſimus, ſuis ei impenſis ſepulchrum vario ornatum marmore cum ejuſdem effigie in numiſmate marmoreo dicavit, hoc addens epitaphium.

JOSEPHO AVERANIO
CIVI FLORENTINO BENEDICTI ET NICOLAI FRATRI
IN PISANA ACADEMIA LIII ANNOS LEGVM INTERPRETI
IVRIS CONSVLTORVM SVI TEMPORIS MAXIMO
PHILOSOPHIA GEOMETRIA ASTRONOMIA
GRAECIS LATINIS LITTERIS POESI ELOQUENTIA
ROMANAE HISTORIAE COGNITIONE CLARISSIMO
RELIGIONE MORIBVS SPECTATISSIMO
PRAECEPTORI OPTIMO
QVI VIXIT ANN. LXXV. MENS. V. D. IV.
OBIIT IX. KAL. SEPT. ANNO A CHRISTO NATO
MDCCXXXVII.
ANTONIVS NICOLINIVS
EX MARCHIONIBUS PONTIS SACCI
ET CASTRI CAMULIANI
H. M. D. S. P. F. C.

OPERA *Averanii* EDITA hæc ſunt.

Interpretationum Juris Libri II. Lugduni Batavorum 1716. iterum editi 1736. in 8°.

Interpretationum Juris Libri tres poſteriores, Opus poſthumum, primùm editi Lugd. Batav. 1746. iterum verò hìc excuſi, cum duobus prioribus.

De calculorum ſeu latrunculorum ludo Diſſertatio. In Venezia 1743. nel Tom. VII. della Miſcellanea di vari Opuſcoli.

Diſputatio *de Jure Belli ac Pacis*. Florentiæ. 1703.

Diſſertatio *de Repreſſaliis* habita Piſæ 1713. magno cum ſuo, tum Lycei Piſani honore coram Sereniſſ. Rege Poloniarum & Electore Saxoniæ, FRIDERICO AUGUSTO III. qui tum princeps Juventutis Italiam perluſtrabat.

De Libertate Florentiæ.

Vita Benedicti Averanii, fratris ſui, in principio operum ejuſdem *Benedicti.*

Conſultationes & Reſponſa Juridica ſeorſim edita.

Prefazione alle Poeſie Toſcane di Mons. Anſaldo Anſaldi impreſſe in Firenze nel 1704.

Lezioni ſopra la paſſione di S. C. Urbino 1738.

Lezioni Toſcane, in Firenze 1744. Hujus præclari operis, quod ingenti eruditione ex ſacris profaniſque ſcriptoribus tam Græcis, quàm Latinis arceſſita refertum eſt, in lucem proferendi initium nuper fecit Cl. *Gorius*; cui ut finem quàm primùm imponat, ſeriò optamus.

OPERA INEDITA.

De Lampadum ludo Diſſertatio.

Elegiæ, & Epigrammata, & alia carmina.

Opuſcula Mathematica.

Eſperienze fatte ſopra le gemme, è pietre dure collo Specchio Uſtorio.

Eſperienze ſopra la propagazione del ſuono.

Hæc OPERA ferè omnia Florentiæ prelo ſubjecta ſunt 4. Volum. in 4°.

Alia quædam ejuſdem Cl. Viri Opera MSS. in Bibliotheca Academiæ Piſanæ extare feruntur; quæ ut aliquandò, ſicut dignitas argumenti ſcribendique ratio meretur, à tenebris vindicentur, omnes, quibus ſolidior doctrina curæ cordique eſt, nobiſcum etiam atque etiam exoptant.

INDEX CAPITUM

Quæ in Tomo primo continentur.

LIBER PRIMUS.

CAPUT I. Ad l. imperium 3. ff. de juriſdict. *Explicatur, & defenditur definitio meri imperii. Gladii nomen quot modis accipiatur: & in quâ ſignificatione uſurpetur in hâc definitione. Gladius inſigne imperii poſt everſam Remp. Merum imperium modò plenius: modò minùs plenum.*

CAPUT II. Ad l. 1. ff. de off. ejus cui mand. eſt. juriſd. *Proponitur ſententia Lotarii, & Azonis, & utraque refellitur. Probatur ſolum Magiſtratum habere merum imperium, non autem Principem.*

CAPUT III. Ad eamdem l. *An merum imperium mandari poſſet. Dabatur merum imperium aut à Populo, aut à Senatu, ſtante Rep. poſteà à Principe. Quibus Magiſtratibus datum eſſet.*

CAPUT IV. Ad l. & ult. ff. eod. *Explicatur quid ſit juriſdictio & mixtum imperium. Probatur eſſe inſeparabilia: & omnes Magiſtratus habuiſſe mixtum imperium. De Magiſtratibus Majoribus, & Minoribus. Quod inter eos diſcrimen.*

CAP. V. Ad l. 1. in privatis 77. ff. de judic. *Conciliatur cum* l. qui juriſdictioni ff. de juriſd. *Tota ratio dandi, & eligendi Judices explicatur, eoſque rejiciendi. Diſcrimen inter jus dicere, & judicare hâc in re exponitur.*

CAP. VI. Ad §. Prætorum Inſt. tit. de Jure Natur. *Pretoris Juriſdictio, & auctoritas tum in ferendis legibus, tum in proponendis, aut mutandis Edictis expenditur. Edictum perpetuum Adriani an habeat vim legis.*

CAP. VII. Ad §. ſunt autem Inſt. tit. de bonor. poſſeſſ. & ad l. ut liberis 17. C. de collat. *Exponitur Prætoris auctoritas quoad ſucceſſiones, & teſtamenta. An bonorum poſſeſſio contrà tabulas ſit ex teſtamento, vel ab inteſtato, & an teſtamentum reſcindat.*

CAP. VIII. Ad l. Papinianus ff. de inoffic. teſtam. *Bonorum poſſeſſio litis ordinandæ gratiâ cur inventa: quibus ſit neceſſaria: & quâ de causâ. Refelluntur Interpretum opiniones hâc de re.*

CAP. IX. Ad l. ei qui ſe 12. ff. de acquir. vel om. heredit. *Refellitur communis opinio, ſuum heredem quoad incommoda pro herede non haberi ante immixtionem: & creditores cogi ad probandam immixtionem. Copiosè diſſeritur tùm de jure ſui heredis, tùm de beneficio abſtinendi: & de Prætoris auctoritate. Nova interpretatio hujus legis aſſertur.*

CAP. X. Ad l. filio præterito ff. de injuſt. rupt. *Præterito abſtinente teſtamentum Jure Civili non convaleſcere demonſtratur. Quâ de causâ præteritio vitiet teſtamentum luculentè diſſeritur.*

CAP. XI. Ad eamdem l. *Præterito abſtinente teſtamentum Jure Prætorio convaleſcere copiosè demonſtratur. De beneficio abſtinendi, & Prætoris auctoritate circa teſtamentum ob præteritionem nullum, latè diſceptatur. De bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas ex teſtamento, quod Jure Civili non valet: & aliis hujus generis.*

CAP. XII. Ad l. per procuratorem ff. de acquir. vel omit. hered. *Hereditas per procuratorem, vel quamcumque aliam perſonam an poſſit adiri, copioſè diſputatur. Diſcrimen inter agnitionem bonorum poſſeſſionis, & aditionem hereditatis. De actibus legitimis; de*

cretione : de acceptilatione : de Procuratore Cæſaris, & aliis, quæ luculenter explicantur.

Cap. XIII. Ad l. 2. §. ſed etſi mater ff. ad SC. Tertyll. & l. 1. §. qui habebat ff. de poſſ. contr. tab. *Nova quæſtio proponitur. An agnatio & cognatio ſimul junctæ conſtituant potentius vinculum ad ſuccedendum. An agnatus remotus poſſit mutuari gradûs proximitatem à cognatione, ut excludat proximiorem cognatum : & an duplex vinculum quicquam operetur. De ſucceſſione agnatorum, & cognatorum & bonorum poſſeſſionibus* Undè legitimi, & Undè cognati *diſſeritur luculentiſſimè.*

Cap. XIV. Ad l. hujuſmodi 84. §. ſi quis ſervum ff. de legat. 1. *De dolo dante cauſam contractui pertractatur uberrimè. De exceptionibus quæ inſunt contractibus. An ſit ipſo jure nullus contractus, cui exceptio ineſt. Ordo veterum judiciorum explicatur. Diſcrimen inter contractus ſtrictos, & bonæ fidei.*

Cap. XV. Ad l. hæc ſi res 47. ff. de rei vindic. *An dominium transferatur in poſſeſſorem ſolâ voluntate domini, etiamſi res præſens non ſit. In judiciis quæ res præſens dicatur, quæ abſens. Multa de veteri formâ judiciorum exponuntur : & de rei vindicatione accuratè pertractatur.*

Cap. XVI. Ad l. ejus qui 41. ff. de reb. credit. *De errore impediente dominii translationem. An qui agit, ut transferat aliud dominium, quàm quod transferre vellet, ullum dominium transferat. Comparatur hic error errori in corpore rei. Diſcrimen hâc in re inter libertatem & dominium.*

Cap. XVII. Ad l. ſi ego pecuniam 18. ff. de reb cred. *Error in cauſâ contrahendi vitiat contractum, non obſtat dominii translationi. Conciliantur Ulpianus & Julianus.* Nummos non fieri accipientis, & mutuum non contrahi, *promiſcuè à Veteribus accipiuntur. Ad dominium transferendum ſufficit cauſa putativa.*

Cap. XVIII. Ad l. ſi quis vinum 9. ff. de vin. trit. & ol. leg. *Agitur de errore tùm in nomine proprio, tùm in nomine appellativo. Varia vini genera recenſentur tùm naturalis, tùm factitii. De verbis teſtatorum interpretandis.*

Cap. XIX. Ad l. labeo 45. ff. de contrah. empt. *Agitur de errore tùm in corpore rei, tùm in materia, tùm in qualitate. Aſſertur diſcrimen inter emptionem & alios contractus. De orichalco diſputatur uberrimè. Rejicitur Hunnii, & Cujacii interpretatio.*

Cap. XX. Ad §. eſt autem litus Inſtit tit. de Rer. Diviſ. *Litoris definitio explicatur. Hybernus fluctus quid. Æſtus maris quid.*

Cap. XXI. Ad §. ſi communis Inſt. tit. de injur. *Agitur de injuriâ factâ communi ſervo; an æſtimanda ſit pro dignitate dominorum, an pro portione dominii : & utramque conſiderandum eſſe demonſtratur. Conciliantur leges contrariæ. Adjiciuntur quædam de diviſione hereditatis.*

Cap. XXII. Ad l. ſi verò 5. ff. qui ſatiſd. cog. *Quæritur an recuſando idoneum fidejuſſorem, ipſi fiat injuria : & an debitori offerenti. Qui ſint idonei fidejuſſores. Explicatur mos antiquus ducendi in jus debitores.*

Cap. XXIII. Ad l. vulgaris 21. ff. de furt. *Rei minimæ furtum fieri demonſtratur. Plura hujus furti exempla afferuntur, & explicantur. De pretio rerum, quo apud Veteres pleræque vendebantur. An ex furto rei minimæ actio furti daretur.*

Cap. XXIV. Ad l. ſi ita fidejuſſorem 43. ff. de fidejuſſ. *Fidejuſſor in aliam obligationem, aut in duriorem cauſam accipi non poteſt. De æſtimatione aureorum & ſolidorum : Plures leges explicantur & emendantur. Cur deportati libertatem amittere dicerentur.*

Cap. XXV. Ad §. pœna furti Inſtit. de oblig. ex del. *Variæ furtorum pœnæ recenſentur cùm apud Græcos, tùm apud Romanos. Pœna furti in quadruplum quandò à Prætore ſubrogata. Adjiciuntur multa de necandis atque addicendis debitoribus Jure Veteri.*

Cap. XXVI. Ad §. conceptum Inſtit. tit. eod. *De pœnâ furti concepti. Furtum conceptum per lancem & licium. Quo modò conciperetur, & undè mos deductus.*

Cap. XXVII. Ad l. qui vas argenteum ff. de furt. *Nova hujus legis explicatio. An dominus à debitore vel jure poſſit auferre rem propriâ auctoritate, & quæ ſit pœna.*

Cap. XXVIII. Ad l. 3. §. ſi rem ff. de

Digitized by Google

acquir. poſſ. *An poſſeſſio, & dominium ab eo, qui rem detinet, ſolo animo acquiratur: an ſit neceſſarius aliquis actus externus. De contrectatione in furto neceſſaria, quod neque verbis, neque inficiatione, neque ſcripturâ ſit.*

Cap. XXIX. Ad L. ſi quis conduxe. i. ff. locat. *De locatione ſimulata animo donandi facta. De nummo & ſeſtertio. Solemnia Veterum mancipationum. Quædam alia ſubjiciuntur ad ſubſtantiam locationis & venditionis pertinentia.*

Cap. XXX. Ad princ. tit. Inſt. de ſervit. *Quæritur cur conſtitutâ itineris ſervitute poſſit quis lecticâ vehi. De lecticis Veterum: itemque Baſternis, Carrucis, Sellis.*

LIBER SECUNDUS.

Caput I. *Explicatur copioſè* L. 1. C. quæ ſit longa Conſuet *Conſuetudinem legi derogaſſe tam apud Athenienſes, quàm apud Romanos perſpicuè probatur multis exemplis. Poſteriora eſſe potiora, & derogare prioribus probatur pariter multis exemplis.*

Cap. II. *Explicatur latiſſimè* L. ſi in emptione 34. in princ. ff. de contr. empt. *conſutatis doctiſſimorum Hominum expoſitionibus, & communi opinione, quoad interpretationem ambiguorum pactorum contractibus adjectorum. De Pactis venditioni adjectis latè diſſeritur: tùm verò de errore, & ambiguo: & quantùm inter ſe differant.*

Cap. III. *Explicatur* L. Græcè 8. §. illud commune ff. de fidejuſſ. *De fidejuſſore in duriorem cauſam accepto diſputatur accuratè, & an obligetur in ſumma debitâ, ſi majorem ſummam promittat. Expenditur communis regula, quòd* utile per inutile non vitiatur: *& quandò non ſit admittenda, demonſtratur.*

Cap. IV. *Exponitur* §. ſi quis Stichum *ejuſdem legis,* & L. ſi ita 42. ff. de fidejuſſ. *An fidejuſſor in aliam obligationem accipi poſſit, in controverſiam adducitur. Committuntur multæ leges, quæ inter ſe pugnare videntur: & conciliantur, & explicantur. Quandò fidejuſſor in aliam obligationem acceptus intelligatur, luculenter exponitur.*

Cap. V. *Exponitur* L. ult. §. ſi mulier, *penult.* ff. ad SC. Velleïan. *Quæritur an mulier poſſit renunciare beneficio Velleiani. Examinatur accuratè regula illa Juris, quòd* invito beneficium non datur: *diſtinguuntur varia genera beneficiorum; & quandò ceſſet illa regula, demonſtratur. De renunciatione mulierum copioſè diſſeritur, & multæ leges exponuntur.*

Cap. VI. *Examinatur* L. in his 5. §. ſi duos ff. de ſolution. *& quandò ea obtineat; & quæ requirantur, ut debitor ſolvens liberet eum fidejuſſorem, quem voluerit. Multa adjiciuntur de confuſione principalis obligationis, & quomodò, & quâ ex parte per eum fidejuſſores liberentur: & quàm plura obſervantur ad explicationem hujus legis antehac non animadverſa, quæ vel in foro verſantibus omninò ſunt neceſſaria.*

Cap. VII. *Explicatur* L. Marcellus 25. ff. de fidejuſſ. *Demonſtratur in eâ agi de reſtitutione in integrum. Quandò furioſus, prodigus, & pupillus ſine tutoris, & curatoris auctoritate obligentur. Quandò pro illis teneatur fidejuſſor: & adversùs eos regreſſum non habeat, & tunc quid juris ſit.*

Cap. VIII. *Exponitur* L. ſi pupillus 89. ff. de acquir. vel omit. hered. *Cur in ſpecie hujus legis in integrum reſtitutio proſit fidejuſſoribus: & minor reſtitutus nec naturaliter, nec civiliter maneat obligatus. Explicantur multæ aliæ leges.*

Cap. IX. *Explicatur* L. minor 51. ff. de procur. *Cur in ſpecie hujus legis reſtitutio proſit fidejuſſori. Subjiciuntur multa de ſatiſdationibus judicialibus, & quandò ampliùs non ſubſiſtant. Refellitur communis opinio, quòd fidejuſſor liberetur cùm principalis mutat qualitatem.*

Cap. X. *Exponitur copioſè* L. in omni-

Digitized by Google

bus 43. ff. de ſolut. *Diſputatur accuratè cum reſtitutio non proſit fidejuſſoribus. Natura reſtitutionis diligenter expenditur. An exempto reo ab obligatione fidejuſſores liberentur, & de liberatione per deportationem latè diſceptatur.*

CAP. XI. *Explicatur* l. debitor 59. in princ. ff. ad Senatuſc. Trebell. & l. cùm quis 38. §. ult. ff. de ſolut. *Quo jure, & quandò tollatur obligatio confuſione, latè diſſeritur: & an tollatur tam naturalis, quàm civilis obligatio: & an pignus liberetur ſublatâ per confuſionem obligatione: & an ſit eadem ratio fidejuſſoris, & pignoris.*

CAP. XII. *Explicantur* l. 1. ff. qui pot. in pign. hab. & l. 2. C. de luit. pign. & *multæ aliæ leges. An pignoris obligatio poſſit ſubſiſtere ſine principali obligatione, latiſſimè examinatur: & an poſſit accedere officio Judicis juxta communem opinionem. Quandò incipiat hypotheca filii in bonis patris: & pleraque alia pertinentia ad naturam pignoris dilucidè explicantur.*

CAP. XIII. *Exponitur* l. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tac. contrah. & *multæ aliæ leges, præſertim quæ ad privilegia mercatorum pertinent. An, qui mutuatur ad naves vel alias res reſtituendas, habeat privilegium prælationis. De privilegio exigendi, & privilegio pignoris. Multa de mercaturâ hactenùs non animadverſa ſubjiciuntur: & an ea Romanis eſſet utilis. Ratio amplificandæ Civitatis Romanæ exponitur: & de frumentatione pauca delibantur.*

CAP. XIV. *Explicantur.* l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb. & l. pupillus 59. ff. de oblig. & act. & *multæ præterea leges ad obligationem pupilli pertinentes. De naturali obligatione pupilli, & de ejus effectis tam in perſonâ ipſius pupilli, quàm in perſonâ aliorum latiſſimè diſſeritur.*

CAP. XV. *Exponitur* §. præterea Inſtit. Tit. quib. mod. toll. oblig. & *omnes aliæ leges, in quibus agitur de reſtituenda actione adversùs veterem debitorem. De expromiſſione copiosè diſſeritur: & tota ratio reſtituendæ actionis adversùs debitorem liberatum accuratiſſimè expenditur.*

CAP. XVI. *Exponitur* l. 1. ff. de condit. & demonſtr. *De die certo, atque incerto adjecto tùm legatis, tùm contractibus diſputatur: quam vim habeat uterque, & quandò dies incertus faciat conditionem. An legatum ante diem agnoſci, repudiarive poſſit: & quid in legatis interſit inter acquiſitionem obligationis, & dominii.*

CAP. XVII. *Explicatur* l. libertis 18. §. ab heredibus ff. de alim. leg. *cum aliis multis. Agitur de legato alimentorum. De militiis: quæ earum genera: quæ militiæ ex caſu: quæ eſſent in commercio: quæ ad heredes tranſmitterentur: & alia hujus generis explicantur. Annona Magiſtratibus præſtari ſolita, & cætera ejuſdem modi expenduntur.*

CAP. XVIII. *Exponitur text. in* l. ſed etſi ſuſcepit. 52. §. 1. ff. de judiciis. *De teſſeris frumentariis, & earum legato accuratè diſſeritur. De teſſeris extra ordinem. De pane diſtribuendo: de frumentatione.*

CAP. XIX. *Explicatur text. in* l. patronus 35. *in* princ. ff. de leg. 3. *De legato tribûs: quid eſſet tribum emere: tribûs nomen quot modis accipiatur: qui eſſent tribules, & cur ita appellati. Quæ Principum liberalitates & donationes? quid congiarium?*

CAP. XX. *Exponitur* l. in illâ ſtipulatione ff. de V. O. *Agitur de die adjecto conditioni promiſcuæ, & latè diſceptatur, an ſit expectandus etiamſi conditio extiterit ante lapſum diei, & arreptâ occaſione multæ leges explicantur tùm ad locationem, tùm ad ſtipulationem pertinentes.*

CAP. XXI. *Exponitur* l. hoc jure 10. ff. de V. O. *Agitur de die adjecto conditioni non promiſcuæ, & an ſit expectandus conditione ante diem exiſtente luculentiſſimè diſputatur, & quàm plures leges explicantur, & inter ſe componuntur. Quod ſit diſcrimen hâc in re inter conditionem promiſcuam, & non promiſcuam. Copiosè etiam diſſeritur de die adjecto tùm certo, tùm incerto, & variæ diſtinctiones proponuntur, & explicantur. Denique afferuntur ſeptem exceptiones, in quibus non eſt expectandus dies adjectus conditioni non promiſcuæ.*

CAP. XXII. *Exponitur* l. 1. ff. de legat.

2. & *conciliatur cum* l. nonnumquàm 52. ff. de condit. & dem. *ad quarum conciliationem multa ingenioſè, & ſubtiliter excogitantur: & an differat legatum in alienam voluntatem collatum à conditione collatâ in alienam voluntatem, expenditur. Circa collationem tacitam & expreſſam multa ab aliis non animadverſa acutè annotantur.*

Cap. XXIII. *Exponitur* l. ſub hâc 8. ff. de oblig. & action. *multò aliter quàm à doctiſſimis Viris hactenùs ſit explicata. De conditionibus* ſi volam, & ſi voluero *dilucidè & accuratè diſſeritur.*

Cap. XXIV. *Explicatur uberrimè* l. obtinuit. 3. ff. de cond. & dem. *& hâc occaſione omnes etiam leges, in quibus agitur de impoſſibili conditione. Per omnia genera conditionum impoſſibilium exſpatiatur hæc interpretatio, & omnium natura, vis, effectus perveſtigantur: multaque afferuntur à Noſtris aut non animadverſa, aut dilucidè non explicata: & tota materia conditionum impoſſibilium brevì comprehenditur.*

Cap. XXV. *Explicatur* l. ſi Titius & Sejus 9. ff. de V. O. *Defenditur ſubtiliter & copioſè Accurſii interpretatio. Examinantur Aliorum ſententiæ. Nova proponitur interpretatio: eas ſtipulationes non eſſe conditionales. De conditione, quæ impletur per litis conteſtationem, an ſuſpendat actionem: item ea, quæ tacitè ineſt.*

Cap. XXVI. *Exponitur* l. cum duobus 52. §. damna ff. pro ſoc. *cum* l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. & l. 2. §. ſi eo tempore ff. de admin. rer. ad Civ. pertin. *Traditur dilucidè quid ſit caſus fortuitus: & qui ſint fortuiti caſus. Probatur communis diſtinctio: alios eſſe caſus ſolitos; alios inſolitos. Quorumdam opinio quoad caſus fortuitos confutatur.*

Cap. XXVII. *Exponitur* l. quidam teſtamento 96. ff. de leg. 1. *cum omnibus aliis, in quibus agitur de aſſignatione certi fundi, vel rei, undè depromi debet id, quod ſolvendum eſt. Graviſſima illa controverſia: an fundi aſſignatio vicem demonſtrationis, vel taxationis obtineat à Noſtris hactenùs non ſatis enucleatè, ac diligenter explanata, cùm explanatiùs, atque diſtinctiùs, tùm uberiùs explicatur, ac dirimitur. Multæ diſtinctiones proponuntur, quibus res magnis controverſiis implicata facillimè expeditur.*

Cap XXVIII *Explicatur* l. generali 32. §. uxori ff. de uſufr. leg. & l. prædia 27. §. liberto ff. de inſtruct. leg. *& quam plurimæ leges. Agitur copioſiſſimè de legato, in quo certus locus deſignatus eſt, & circumſcriptus. Diſputatur fuſè, lateque quid hujuſmodi legato contineatur. Præſertim quatuor rerum genera diligenter expenduntur. Calendarium & nomina debitorum. Argentum, & pecunia numerata. Res venales, & merces. Fructus in fundo collecti. Quàm plurimæ leges componuntur, & explicantur: & quod ad hanc rem pertineat, nihil intactum relinquitur.*

Cap. XXIX. *Explicatur* l. Lucius Titius 78. §. tres heredes ff. ad SC. Trebell. *De moleſtiis in teſtamento prohibitis uberrimè pertractatur. Communis ſententia diſtinguens inter moleſtias juſtas, & injuſtas accuratè refellitur. Quæ moleſtiæ prohibitæ cenſeantur fuſè & copioſè diſſeritur. Diſſertatio in foro verſantibus omninò neceſſaria.*

Cap. XXX. *Exponuntur* l. ſolemus 61. & l. ſi quis intentione 66. ff de judic. *Agitur de interpretatione verborum faciendâ in judiciis. Quantùm inter judicia, & contractus interſit. De interpretatione libelli generalis. De interpretatione libelli ambigui. De compromiſſis aliquid attingitur. An heres poſſit declarare libellum defuncti, contra communem diſputatur.*

Digitized by Google

LIBER TERTIUS.

CAPUT I. *Agitur uberrimè de Comitibus, variiſque eorum generibus. Probatur ſub hoc nomine comprehendi omnes eos, qui Præſidem, Proconſulem, & alios in provinciam ſequebantur. Exponuntur ſingula cujuſque munera. Salaria quæ & à quibus reciperent. Hypotheca pro eorum ſalariis non dabatur.*

CAP. II. *Alterum Comitum genus, qui Imperatorem Româ proficiſcentem comitabantur. Quidam familiares & convictores: Quorumdam conſilio Rempublicam adminiſtrabat. Romæ quoque eos retinebat. In varios ordines officiorum diſtribuebantur. Hypotheca nullis concedebatur.*

CAP. III. *Comites qui ad Comitatûs dignitatem evehebantur. Tres dignitatis Comitivæ ordines, Comites alii provinciam regebant: alii militibus eam tuentibus præerant. Comites militares in tres ordines diſtincti. Comites qui provinciam regebant. Varia provinciarum Imperii Romani genera. Præſides Comitis dignitate decorati. Procuratoris Cæſaris juriſdictio ampliſſima. Comites annonam de publico habebant pro ſalario. Modus eam exigendi. Nulla dabatur hypotheca contra Principem.*

CAP. IV. *Vindicatur reſponſum Antonini Imperatoris ad Eudæmonem ab interpretum criminationibus. Probatur Antoninum potuiſſe ſe Mundi dominum appellare, modeſtiamque ſummam demonſtraſſe, ubi quæſtionem ſibi propoſitam dirimi voluit juxta legem Rhodiorum. Hanc tùm apud Caunios tùm apud pleroſque Inſularum Ægei maris incolas in uſu fuiſſe.*

CAP. V. *Expenditur V. Cl. emendatio, atque eam augere potiùs, quàm removere difficultatem probatur. Navis in ora Italiæ naufraga potuit jactari uſque ad Cyclades inſulas, quamvis remotas. Iſta lex nec dominium, nec imperium maris Principibus adimit.*

CAP. VI. *Explicatur diviſio juſtitiæ particularis ab Ariſtotele tradita in diſtributricem, & emendatricem, quas JCti vocant diſtributivam, & commutativam. Diſtributiva ſemper ſervat proportionem geometricam. Commutativa plerùmque arithmeticam; geometricam verò, cùm agitur de conditione perſonarum, quæ contrahunt, vel de rebus, quæ in contractum deducuntur. Plurima exempla recenſentur.*

CAP. VII. *Refellitur opinio Gloſſæ in* L. 2. C. de reſcind. vendit. *& ſequacium, qui putant hoc beneficium pertinere ademptorem, ſi in tertiâ parte & ampliùs læſus fuerit. Læſio in quo conſiſtat. Proponitur contraria ſententia, quòd emptor tunc immodicè læſus ſit, cùm res ei tradita minùs valet quàm dimidium pretii, quod ipſe ſolvit: ſicuti venditor immodicè læſus judicatur, ſi nec dimidium juſti pretii conſecutus fuerit. Contraria argumenta diluuntur.*

CAP. VIII. *Probatur copioſè liberato reo per tranſactionem non poſſe conveniri fidejuſſorem. Tranſactio, quocumque modo fiat, continet novationem, & fidejuſſio, quæ priori obligationi acceſſerat, exſtinguitur etiam reſervatis juribus contrà fidejuſſorem. Non ita eſt in pignore, quod difficiliùs ſolvitur. Nec in correo debendi. Fidejuſſori ſolventi ſemper competit regreſſus adverſùs principalem debitorem. Fidejuſſori ſolvere parato præſtandæ ſunt actiones contrà principalem debitorem. Et eæ eſſe debent, quæ exceptione non elidantur. Plura de exceptionibus perſonalibus.*

CAP. IX. *Probatur luculenter, in legatis conditionem non retrotrahi. Contrarium in hereditate. In contractibus retrotrahitur ſola conditio caſualis & mixta. Excipitur pignus conventionale. Ratio differentiæ aſſignatur. Confutantur argumenta contraria.*

CAP. X. *Pecunia numerata in omnibus obligationibus, depoſito excepto, con-*

Digitized by Google

ſideraetur ut quantitas, non ut corpus. Probatur in mutuo reddi poſſe quod acceptum eſt in aliâ monetâ, niſi ex hoc damnum paſſurus ſit creditor. Pecuniæ numeratio deſignat æſtimationem, non ſpeciem. Demonſtratur luculenter vis argumenti à contrario ſenſu. Refelluntur nonnullæ auctoritates.

Cap. XI. Monetæ mutatio extrinſeca vel intrinſeca. Monetâ extrinſecùs mutatâ mutuatarium teneri ad reſtituendum tantùmdem æſtimationis probatur, multis argumentis. Contraria diluuntur.

Cap. XII. Mutatâ intrinſecùs monetâ, magis placet reddi poſſe novam monetam, dummodò ſit eadem æſtimatio. In pecuniâ non habetur ratio materiæ, ſed quantitatis. Pecunia quatenùs nobis dominium & uſum præbeat ſubſtantiâ & quantitate. A Romanis duobus modis moneta intrinſecùs mutata fuit.

Cap. XIII. Creditor oblatam pecuniam recuſans eſt in mora. Ejus tamen detrimentum non eſt. Genus pecuniæ perire poteſt; non tamen æſtimatio, quæ debetur. Reprobatur Interpretum explicatio.

Cap. XIV. Variæ antiquiorum JCtorum opiniones circà concurſum actionum pœnalium. Obtinuit tamen eas invicem non conſumi ſecundùm Ulpiani ſententiam, quæ Pauli ſententiæ præfertur. Proponitur conciliatio Pauli cum Ulpiano.

Cap. XV. Commodator agens actione commodati, & ex ea ſimplum obtinens non poteſt ampliùs agere actione legis Aquiliæ. Paulus Ulpiano & Cajo contrarius cum iis conciliatur. Expenditur textus noſter juxtà lectionem Pandectarum Florentinarum.

Cap. XVI. Explicatur copioſè, & exornatur celebris regula: Determinatio reſpiciens plura determinabilia, ea æqualiter determinat: Probatur eam locum habere in diſpoſitionibus, quibus convenit. Contrariis ſatisfit.

Cap. XVII. Regula ſuperiùs expoſita obtinet in una determinatione plura determinante, quæ in eadem oratione reperiatur. Conditiones ad illam non pertinent. A regula non recedendum, quamvis in utroque determinabili non ſit eadem ratio: neque etiamſi per eam determinaretur caſus contrà id, quod à lege generaliter ſtatutum eſt.

Cap. XVIII. Proponitur, & multis argumentis confirmatur regula: quòd in interpretandâ hominis diſpoſitione non eſt recedendum à ſcripto, cum ambiguum non eſt, quamvis diſcrepet à voluntate: non ſolum in ultimis voluntatibus, ſed etiam in contractibus. Contraria argumenta referuntur, ac confutantur.

Cap. XIX. Proponuntur plures regulæ ad dignoſcendum, quandònam ſcriptum ſpectandum ſit potiùs, quàm voluntas, quando verò à ſcripto ſit recedendum, & voluntas ſpectanda. Multæ LL. explicantur.

Cap. XX. Verba generalia generaliter ſunt intelligenda: quamvis ſpecialia adjiciantur, aut concurrant, quæ reſtringere poſſint orationem. Genus plerumque & latiùs patere, & anguſtius contrahi poteſt. Quæ ad genus dilatandum, quæque ad coarctandum accommodata ſint.

Cap. XXI. Proponitur, & in utramque partem diſputatur quæſtio: An generalis diſpoſitio comprehendat etiam ea, quæ impropriè in illo genere continentur: Negativa ſententia probatur. Cum lex aliquid alteri æquiparat, aliud pro alio accipi poteſt. Mens diſponentis maximè inveſtiganda.

Cap. XXII. Probatur copioſè quòd genus non comprehendit ſpeciem, de quâ nominatim diſpoſitum fuit tam quoad res, quàm quoad perſonas. Contraria diluuntur; multæque LL. explicantur, & conciliantur.

Cap. XXIII. Proponitur examinanda quæſtio: an ſpecies expreſſæ coarctent genus, & ad eaſdem contrahant: In hâc forenſes veritatem non aſſecuti. Explanantur veterum JCtorum reſponſa, quæ in utramque partem afferri ſolent.

Cap. XXIV. In clarâ diſponentis voluntate ſpecies expreſſas genus coarctare liquidum eſt: in obſcurâ verò controverſum: Traduntur quinque regulæ ad dignoſcendum, quid in hâc re ſtatuendum ſit, & exemplis confirmantur. Multæ L L. explicantur.

Cap. XXV. An generali ſermone non

ſolùm præſentia , ſed etiam futura comprehendantur , in utramque partem diſputatur. Negativa ſententia magis probatur, cum diſtinctione tamen accipienda. Contrariæ ſententiæ fundamenta diligenter expenduntur. Multæ L L. explicantur.

CAP. XXVI. *Qui deſcendentes hodiè nominantur , olim liberi appellati. Hoc nomine continentur omnes , qui ab eodem Stipite deſcendunt tam maſculi quàm feminæ. Vocatis deſcendentibus virilis ſexûs femina ex maſculo non comprehenditur. Deſcendentes virilis ſexus perperam à noſtris confunduntur cum deſcendentibus ex virili ſexu. Multæ leges pro hàc ſententiâ afferuntur. Rejiciuntur contraria.*

CAP. XXVII. *An vocatis deſcendentibus maſculis ſuccedant etiam maſculi deſcendentes ex feminis, in utramque partem diſputatur : ac utriuſque argumenta confutantur. Quæ ſententia tenenda ſit , proponitur , & explicatur.*

CAP. XXVIII. *Affirmativam ſententiam tamquàm regulam juris ſtatuere , incongruum eſt. Verba generatim prolata non impropriè accipiuntur , cùm ea non de genere ſummo , ſed de genere infimo interpretamur. Quoties à proprietate ſermonis non recedimus, non tam vehementes conjecturæ requiruntur , quales requirerentur , ſi verba ad alienum ſenſum detorquerentur. Conjecturæ ad coarctandam maſculorum vocationem ad maſculos ex maſculis faciliùs ducunt.*

CAP. XXIX. *Agnationis contemplatio evidenter probat excluſionem maſculorum ex feminis. Ad eliciendam voluntatem eos excludendi ſufficit , quòd teſtator vocaverit maſculum , & ejus filios maſculos , & ex eis deſcendentes maſculos. Maſculi ex femina in una linea excluſi in cæteris quoque lineis vocatis excluſi cenſentur. Idem eſt , ſi excluſi fuerint in parte conditionali.*

CAP. XXX. *Explicatur copiosè, & exornatur regula : Taciti & expreſſi eadem virtus eſt : Probatur eam locum habere in iis , quæ tacitè inſunt, vel poteſtate legis , vel ex natura actûs , qui geritur. Plures hujus regulæ exceptiones recenſentur & explicantur.*

Digitized by Google

APPROBATIO.

EX Mandato Illuſtriſſimi Galliarum Cancellarii, perlegi Josephi Averanii *Interpretationes Juris*, atque Editionis iteratione dignas reperi. Datum Pariſiis, die 22. menſis Maii, anno Domini 1749.

RASSICOD.

PRIVILEGE GENERAL.

N° 3232.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE; À nos amés & féaux Conſeillers, les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de nôtre Hôtel, Grand Conſeil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra; SALUT. Nôtre Amé PIERRE BRUYSET, Libraire à Lyon, Nous a fait expoſer qu'il déſireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre: JOSEPHI AVERANII *Interpretationum Juris, Libri quinque.* S'il nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilége pour ce néceſſaires. A CES CAUSES voulant traiter favorablement l'Expoſant, Nous lui avons permis, & permettons par ces Préſentes de faire imprimer ledit Ouvrage, en un ou pluſieurs volumes, & autant de fois que bon lui ſemblera, & de le vendre, faire vendre & débiter par tout nôtre Royaume, pendant le tems de neuf années conſécutives, à compter du jour de la date deſdites Préſentes. FAISONS défenſes à tous Libraires, Imprimeurs, & autres perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſions étrangères dans aucun lieu de notre obéïſſance; comme auſſi d'imprimer, ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucuns Extraits ſous quelque prétexte que ce ſoit d'augmentation, correction, changement ou autre, ſans la permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiſcation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des Contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, l'autre tiers audit Expoſant, ou à celui qui aura droit de lui; & de tous dépens, dommages & intérêts; à la charge que ces Préſentes ſeront enrégiſtrées tout au long ſur le Regiſtre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que l'impreſſion dudit Ouvrage ſera faite dans nôtre Royaume & non ailleurs, en bon Papier & beaux Caractères, conformément à la feüille imprimée attachée pour modèle ſous le contre-ſcel deſdites Préſentes; que l'Impétrant ſe conformera en tout aux Règlemens de la Librairie, & notamment à celui du 10. Avril 1725. qu'avant de l'expoſer en vente, le Manuſcrit qui aura ſervi de copie à l'impreſſion dudit Ouvrage, ſera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de nôtre très cher & féal Chevalier le Sieur DAGUESSEAU, Chancelier de France, Commandeur de nos Ordres, & qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliothéque Publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle de notredit très cher & féal Chevalier le Sieur DAGUESSEAU, Chancelier de France; le tout à peine de nullité deſdites Préſentes. Du contenu deſquelles Vous mandons & enjoignons de faire joüir ledit Expoſant, & ſes ayans cauſe, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement. VOULONS que la Copie des Préſentes qui ſera imprimée tout au long au commencement, ou à la fin dudit Ouvrage, ſoit tenuë pour dûëment ſignifiée; & qu'aux Copies collationnées par l'un de nos amés feaux Conſeillers & Secretaires, foi ſoit ajoutée comme à l'Original. COMMANDONS au premier notre Huiſſier ou Sergent ſur ce requis, de faire pour l'éxécution d'icelles, tous Actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant Clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires. CAR tel eſt notre plaiſir. DONNÉ à Paris le ſeptiéme jour du mois de Juin, l'an de Grace mil ſept cent quarante neuf, & de notre Régne le trente-quatriéme.

PAR LE ROI EN SON CONSEIL,

Signé, SAINSON.

Regiſtré ſur le Regiſtre XII. de la Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 174. Folio 164. conformément aux anciens Réglemens, confirmés par celui du 28. Février 1723. A Paris le 13. Juin 1749.

Signé, G. CAVELIER, Syndic.

JOSEPHI

Digitized by Google

JOSEPHI AVERANII,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER PRIMUS.

CAPUT PRIMUM.

AD L. IMPERIUM III.

ff. de Juriſdict.

SUMMARIUM.

1 *Imperium merum quid ſit.*
2 *Gladius multis modis accipitur.*
3 *Sententia Judicis certa eſſe debet.*
4 *Non debet eſſe ambigua, generalis, & obſcura.*
5 *Interpretanda eſt ſecundùm propriam verborum ſignificationem.*
6 *Gladii nomen in ſententia materialiter accipi debet.*
7 *Ad gladium dari quid? & ad gladium ludi deputari.*
8 *Jus gladii quid ſignificet?*
9 *Gladius, inſigne imperii.*
10 *Gladium dando Imperator merum imperium conferebat: & gladium adimendo adimebat imperium.*
11 *Honores juris gladii quid dicerentur?*
12 *Poteſtatem gladii habere, & gladii poteſtate ſuccingi, quid ſignificet?*
13 *Stante Rep. inſigne imperii erant ſecures.*
14 *Conſules non præcedebant ſecures in urbe poſt legem Valeriam, ſed extra urbem.*
15 *Cur gladius eſſe cœperit inſigne imperii?*
16 *Gladii nomen in definitione meri imperii refertur ad omnes graviores animadverſiones.*
17 *Animadvertendi verbum aliquando ad pœnam mortis: aliquando ad alias pœnas graves refertur.*
18 *Aliquando etiam ad leviores.*
19. 20 *Explicatur definitio meri imperii.*
20 *Merum imperium aliquando plura, aliquando pauciora genera animadverſionum comprehendit.*
21 *Quoad merum imperium, tantùm quis habet, quantùm ei ſpecialiter conceſſum eſt.*
22 *Merum imperium in quibuſdam plenius, in quibuſdam minus plenum.*

De mero imperio pauca delibemus. De eo tres occurrunt quæſtiones. Quid ſit: quibus datum ſit: & an mandari poſſit, ſingulas ſtrictim attingamus. A primâ ordiamur.

Quid ſit merum imperium, eleganter 1 explicat Ulpianus in *l. 3. ff. de juriſd.* his verbis: *Merum eſt imperium, habere gladii poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos homines.* Reprehendunt plerique Ulpianum,

quòd, ſi non abſurdè, ſaltem minùs diſtin-
ctè, atque explicatè nobis meri imperii na-
turam deſcripſerit. Expendamus igitur accu-
ratè Ulpiani verba, quæ non difficiles ha-
bent explicatus apud homines non omninò
rudes, & imperitos, & antiquitatis ignaros.
2 Gladii nomen multis modis accipitur.
Aliquando ſignificat gladium ipſum, hoc
eſt, ferrum ipſum, quo quis feriri debet.
Uno verbo, ut cum ſcholis loquar, acci-
3 pitur materialiter. In hac ſignificatione ac-
cipitur in ſententia judicis, quæ, cùm cer-
ta eſſe debeat, §. *curare Inſtit. tit. de action.*
l. in ſententiis 59. *ff. de re judic. l. pen. &*
ult. C. de ſentent. quæ ſine certâ quant. non
recipit metaphoricas interpretationes, ne
4 reddatur ambigua, generalis, obſcura con-
tra text. in *l. quid tamen* §. *Pomponius ff. de*
5 *recept. arbitr.* Si igitur ſententiam judicis
interpretari debeamus ſecundùm certam ac
propriam verborum ſignificationem, in ea
gladii nomen pro ipſo gladio materiali ac-
cipere debemus. Hinc Ulpianus in *l. aut*
6 *damnum* §. 1. *ff. de pæn.* ait: *Vita adimitur,*
ut puta, ſi damnatur aliquis, ut gladio in
eum animadvertatur: ſed animadverti gla-
dio oportet, non ſecuri, vel telo, vel fuſti-
bus, vel laqueo, vel quo alio modo. Itaque
meritò Antoninus Caracalla, cùm Papinia-
num noſtrum gladio feriri juſſiſſet, & ſecu-
ri percuſſus eſſet, percuſſorem increpavit
his verbis: *gladio te oportuit exequi juſſum*
meum. Planè ad gladium Ludi damnari di-
cebantur, qui ad ludum gladiatorum dam-
nabantur. *Capitolin. in Macrin. Servos, qui à*
dominis fugiſſent, ad gladium Ludi deputa-
7 *bat.* quò fortaſſe referendi ſunt text. in *l. ſi*
quis mihi §. *ſi quis planè ff. de acquir. vel*
om. hered. in *l.* 6. §. *Irritum ſit ff. de injuſt.*
rupt. in *l.* 1. *in princ. ff. de Abig.* & *Pauli*
l. 5. *ſentent. tit.* 17. ibi: *Sanè, qui ad gla-*
dium dantur, intra annum conſumendi ſunt.
Differunt enim hæc inter ſe, damnari ali-
quem, ut gladio feriatur: & damnari ali-
quem, ut ad gladium detur. Sicut etiam
diſcrimen eſt inter eos, qui ad gladium dan-
tur; & eos, qui damnautur ad ludum. Illi
enim intra annum conſumi debent: hi & pilea
& rudem accipere poſſunt. Sed hæc obiter.
Aliquando gladii nomen in laxiori ſigni-
ficatione accipitur, &, ut ita dicam, for-
maliter, & comprehendit omne genus ul-
timi ſupplicii. Non aliter accipitur, cùm 8
dicimus *jus gladii*, quod plerùmque ſigni-
ficat jus vitæ & necis. Cornel. Tacit. *lib.* 3.
Hiſtor. de Vitellio Imperatore: *Poſtremo fletu*
præpediente aſſiſtenti Conſuli (Cæcilius Sim-
plex erat) *exſolutum à latere pugionem, ve-*
lut jus necis vitæque civium, reddebat. D.
Auguſtin. *epiſt.* 61. *ad Dulcitium Tribunum:*
Nec enim gladii jus in eos accepiſti. Sen.
lib. 1. *de ira cap. ult. Vides, quam debeat*
omni perturbatione liber accedere ad rem ſum-
mâ diligentiâ tractandam, poteſtatem vitæ
neciſque: malè irato ferrum committitur. In
hac ſignificatione plerùmque accipitur in
jure noſtro jus gladii: adeò ut ſolummodò
comprehendat poteſtatem damnandi ad ul-
timum ſupplicium, non verò referatur ad
alias pœnas etiam minores. Ulpian. *in l.*
illicitas §. *qui univerſas ff. de offic. Præſ. Qui*
univerſas provincias regunt, jus gladii ha-
bent, & in metallum dandi poteſtas eis per-
miſſa eſt. Idem *in l. ſolent.* 6. *ff. de offic. Pro-*
conſ. Nec enim poteſt quis gladii poteſtatem
ſibi datam, vel cujus alterius coercitionis ad
alium transferre. Idem *l. nemo poteſt.* 10. *ff.*
de reg. jur. ubi eadem habentur verba. In
his omnibus legibus gladii jus ſignificat jus
vitæ & necis, & diſtinguitur à jure infli-
gendi alias pœnas. Et in *l. cum jur.* 31. *C.*
ad leg. Jul. de adult. Jubemus inſurgere le-
ges, armari jura gladio ultore, ut exquiſitis
pœnis ſubdantur infames.
Aliquando denique gladius eſt inſigne 9
imperii, & quoties tamquam inſigne im-
perii conſideratur, comprehendit non ſo-
lùm ultimum ſupplicium, ſed etiam omnes
graviores animadverſiones, quæ ad impe-
rium pertinent. Tacit. *l.* 3. *hiſt. Aſſiſtenti*
Conſuli exſolutum à latere pugionem, velut
jus necis vitæque civium, reddebat. Aſper-
nante conſule, reclamantibus, qui in concione
aſtiterant, ut in æde Concordiæ poſiturus inſig-
nia imperii, domumque fratris petiturus,
diſceſſit. Vides inter inſignia imperii pugio-

Digitized by Google

nem. Sueton. *in Galba cap.* 11. *Depoſita legati, ſuſcepit Cæſaris appellationem: iterque ingreſſus eſt paludatus, ac dependente à cervicibus pugione ante pectus.* Senec. *de clement. cap.* 11. *Præſtitiſti Cæſar civitatem incruentam: & hoc, quod magno animo gloriatus es, nullam te toto orbe ſtillam cruoris humani miſiſſe, eo majus eſt, mirabiliuſque, quod nulli unquam citius gladius commiſſus eſt.* Gladium pro imperio dixit. Neroni enim ſeptemdecim annis nato delatum imperium, ſeu gladius commiſſus eſt, imperii inſigne.

Nec ſolùm in Imperatoribus, ſed etiam in Magiſtratibus imperii inſigne erat gladius.
10 Ei enim, cui Imperator gladium dabat, conferebat merum imperium: & contra merum imperium adimebat ei, quem gladium deponere volebat. Dio, *lib.* 53. *de Auguſto*, Τήν τε στρατιωτικὴν στολὴν φοροῦντας, καὶ ξίφος, οἷς γε καὶ στρατιώτας δικαιῶσαι ἔξεστιν, ἔχοντας. Ἄλλῳ γὰρ οὐδενὶ, οὔτε ἀνθυπάτῳ, οὔτε ἀντιστρατήγῳ, οὔτε ἐπιτρόπῳ, ξιφηφορεῖν δέδοται, ᾧ μὴ καὶ στρατιώτην τινὰ ἀποκτεῖναι ἐξεῖναι νενόμισται. Οὐ γὰρ ὅτι τοῖς βουλευταῖς, ἀλλὰ καὶ τοῖς ἱππεῦσιν, οἷς τοῦθ' ὑπάρχει, καὶ ἐκεῖνο συγκεχώρηται. hoc eſt: *Tribuit illis ut veſte militari uterentur, gladiumque geſtarent, quibus in milites animadvertere jus eſſet. Nulli enim alii, neque Proconſuli, neque Proprætori, neque Procuratori Cæſaris conceditur, ut gladium geſtet, cui non etiam necandi militis jus detur. Omnibus enim non ſolum Senatoribus, ſed etiam Equitibus, quibus illud conceditur, hoc etiam datur.* En, quod omnibus, quibus Imperator gladium dat, dat etiam imperium: nempè, quia gladius imperii inſigne. Eſt illud à *Xiphilino* ac *Zonara* relatum Trajani magnanimum dictum, qui, cùm Licinio Juræ Præfecto Prætorio gladium porrigeret, quo eum ob dignitatem cingi oportuit: *Accipe*, inquit, *hunc gladium, ut eo, ſi bene imperavero, pro me; ſin male, in me utaris.* Julianus Imperator, Chriſtianæ Religionis irriſor petulantiſſimus, ſtatuit Chriſtianis procurationem Provinciarum, & juris dicundi provinciam non eſſe committendam, cùm illis Chriſti lex gladio uti non permitteret: ut refert Rufinus *lib.* 1. *Hiſtor. Eccleſiaſt. cap.* 1. Herodian. *lib.* 3. *de Plautiano, Præfecto Prætorio ſub Imperatore Severo*: Παρηώρητό τε ἀεὶ ξίφος, καὶ παντὸς ἀξιώματος σχῆμα ἔφερε μόνος. *Suſpenſum geſtabat enſem, & omnia inſignia dignitatis ipſe ſolus.* En, præcipuum dignitatis inſigne gladius. Plutarchus in Galba: Τιγελλίνῳ τῷ συνάρχοντι προσέταξεν ἀποθέσθαι τὸ ξίφος, *Tigellino collegæ imperavit, ut gladium deponeret.* Deponere gladium juſſit, cùm voluit eum abdicare magiſtratu.

Hinc magiſtratus, qui habebant merum imperium, dicebantur *honores juris gladii.* 11
Lamprid. *in Alexand. Sev. Honores juris gladii nunquam vendi paſſus eſt, dicens: neceſſe eſt, ut, qui emit, vendat. ego non patiar mercatores poteſtatum*; & qui habebant merum imperium, jus, & poteſtatem 12
gladii habere dicebantur, & gladii poteſtate ſuccingi, cùm merum imperium ipſis dabatur. Julius Capitol. *de Gordianis*: *Filiuſque legatus patris exemplo Scipionum gladii poteſtate ſuccinctus eſt.* Sulpic. Sever. *in vita B. Martini lib.* 3. *Illi curâ præcipua, ne Tribuni cum jure gladiorum ad Hiſpanias mitterentur.* Jul. Firmic. *lib.* 3. *Math. cap.* 5. *Et in magnis adminiſtrationibus juris gladii decernit poteſtatem.* Huc alludit D. Paulus epiſt. ad Roman. c. 13. *Si malum feceris, time: non enim ſine cauſa gladium portat.*

His probè conſtitutis apparet, olim quidem ſtante rep. meri imperii inſigne fuiſſe ſecures. Nam cùm initio Conſules merum 13
imperium haberent, ipſos præcedebant duodecim lictores cum ſecuribus. Adempto autem ipſis mero imperio per legem Valeriam, *l.* 2. *§. exactis, & §. & quia ff. de origin. jur.* ablatæ quoque fuerunt ipſis ſecures, & relicti faſces ſine ſecuribus. Quia verò Conſulibus ad bellum prodeuntibus mandaba- 14
tur imperium, idcircò extra urbem ſumebant ſecures: quia magiſtratus urbem egreſſus ſtatim accipit inſignia magiſtratûs, & imperii; *l.* 1. *ff. de off. Proconſ.* nec ante ea deponit, quàm urbem ingrediatur. *l. ult. ff. eod.* Dionyſ. Halicarnaſſ. *lib.* 4. de Valerio Poplicola, qui legem Valeriam tulit de provocatione: Βεβαίαν τε πίστιν ὑπὲρ τῆς ἐλευθερίας τοὺς δημοτικοὺς λαβεῖν βουλόμενος, ἀφεῖλεν ἀπὸ τῶν

ῥάβδων τοὺς πελέκεις, καὶ κατεϛήσατο τοῖς μετ' αὐτὸν ὑπάτοις ἔθος, ὃ καὶ μέχρι τῆς ἐμῆς διέμεινεν ἡλικίας, ὅταν ἔξωθεν τῆς πόλεως γένωνται, χρῆσθαι τοῖς πελέκεσιν, ἔνδον, δὲ ταῖς ῥάβδοις κοσμεῖσθαι μόνοις. *Firmam, ac ſtabilem fidem libertatis populum accipere volens, ademit à faſcibus ſecures, moremque traduxit ad ſequentes Conſules, qui etiam hac ætate ſervatur, ut, cùm extra urbem eſſent, ſecuribus uterentur, intra urbem autem incederent cum ſolis faſcibus.* Dictatori autem, quia, quoties creatus erat ſine provocatione, merum imperium habebat, etiam in urbe præferebantur faſces cum ſecuribus, ut auctor eſt idem Dionyſ. *eod. lib.* 4. Itaque ſtante rep. ſecures erant inſigne meri imperii, quia eo tempore, non gladio, ſed ſecuri feriebant delinquentes. Imperatorum ævo, poſt introductam gladii pœnam, inſigne imperii fuit gladius, ut oſtendimus.

Quamquam enim gladius ad mortem referatur, non ad alias animadverſiones; tamen, quia illis, quibus dabatur jus vitæ
15 & necis, concedi ſolebant etiam aliæ animadverſiones, etſi non ſemper omnes, tamen aliquæ ſaltem ex iis, quæ pertinent ad merum imperium; idcircò gladius cœpit eſſe inſigne imperii.

In hac autem ſignificatione accipitur in Ulpiani definitione, quàm explicamus,
16 gladii nomen. Itaque adjecit Ulpianus illa verba: *ad animadvertendum in facinoroſos homines*; ut intelligeremus, eum non referre nomen gladii, ut diximus in explicatione primæ ſignificationis, vel ad pœnam mortis juxta ſecundam ſignificationem, ſed ad
17 omnes graviores & atrociores pœnas. Licèt enim animadvertendi verbum aliquando referatur ad ultimum ſupplicium, ut in *l. proſpiciendum* §. *ult. & l. ſeq. ff. de pœn. & in l. ſi quid erit ff. de offic. Proconſ.* tamen ex propria ſignificatione omnes graves pœnas comprehendit. Salluſt. *ubi priùs verberibus in eos animadverteretur.* Cic. *in Verr. In Achaia Magiſtratum Sicyonium nummos poſcit: cùm non daret, animadvertit, improbum, ſed inauditum genus animadverſionis videte. l. etſi percuſſor 6. ff. ad SC. Sillan. l. in eum* 5. *ff. de extraord. crimin.* & alibi.

Imò verbum animadvertendi omnes pœnas comprehendit, etiam leviores, & pecuniarias, ut in *l. aliud fraus. ff. de V. S. l. item apud Labeonem* §. *ait Prætor ff. de injur.* 18
l. 1. *de aleator.* & paſſim. Et ideò in *l.* 1. §. *ſolent ff. de offic. Præf. urbi*, ea, quæ continet pœnam mortis, & præterea graves alias coërcitiones, appellatur *major animadverſio.*

Itaque in noſtra definitione verba illa, *poteſtatem gladii*, reſtringunt verba ſequentia: *ad animadvertendum*; &, quia levis animadverſio non pertinet ad poteſtatem gladii, nec convenit facinoroſis hominibus. Contra verba ſequentia quodammodo 19
dilatant antecedentia: cùm enim generalia ſint, demonſtrant quid nomine gladii voluerit ſignificare Ulpianus, & in qua ſignificatione ſit accipiendum.

Poſtremò animadvertendum eſt, cautè ab Ulpiano ita fuiſſe definitum merum imperium. Cùm enim merum imperium aliquando latiùs pateat, aliquando contrahatur anguſtiùs; & in aliis magiſtratibus plura, in aliis pauciora genera animadverſionum comprehendat; non poterant exactè, & verbis deſignantibus certa pœnarum genera deſcribi: ut puta: Præſes Provinciæ habebat 20
merum imperium, *l. illicitas* §. *qui univerſas ff. de off. Præſ.* & tamen non poterat deportare. Contra Præfectus Prætorio, & Præfectus urbi, qui pariter habebant merum imperium, poterant etiam deportare.
l. inter pœnas 6. §. 1. *ff. de interd. & releg.* 21
l. 1. §. *deportatos cum ſeq. ff. de leg.* 3. Quia, cùm agitur de mero imperio, tantùm quis habet, quantum ei ſpecialiter datum eſt. Quamobrem, cùm pœna metalli, pœna deportationis, & hujus generis aliæ, non ſint de ſubſtantia meri imperii, licèt ad ipſum pertineant; non poterant nominatim in definitione comprehendi, ſed utendum erat verbis, quæ poſſent illas complecti, ſed neceſſariò non comprehenderent. Cujuſmo- 22
di ſunt ea, quibus uſus eſt Ulpianus. Nam gladius erat quidem inſigne imperii, ſed pro conditione magiſtratus, à quo geſta-

Digitized by Google

batur, majus, minuſve imperium deſignabar. In Imperatore Regiam poteſtatem indicabat: in præfecto Prætorio merum imperium, ſed plenum: in Præſidibus idem imperium, ſed non adeò plenum, & abſolutum.

CAPUT II.

AD L. 1. FF. DE OFFIC. EJUS, *cui mand. eſt jur.*

SUMMARIUM.

1 *Sententia Lotarii & Azonis, quoad merum imperium improbatur.*

2 *Magiſtratus habent merum imperium, non ſolùm ejus uſum.*

3 *Qui habet merum imperium, tum exercitionem publici judicii habet, tum executionem condemnationis.*

4 *Quis eſſet judex quæſtionis*

5 *Magiſtratus poteſt reum abſolvere, non pœnam remittere condemnato.*

6 *Princeps non habet merum imperium.*

7 *Poteſtas regia eminenter continet juriſdictionem, merum, & mixtum imperium.*

8 *Comparatio Principis cum Deo, quoad imperium.*

9 *Princeps dat merum imperium magiſtratibus, licèt ipſe illud non habeat.*

10 *Dominus non habet rei ſuæ ſervitutem uſus, vel uſusfructus, & tamen illas alteri concedit.*

11 *Princeps omnia facit jure regiæ poteſtatis, non juriſdictionis, aut meri, & mixti imperii.*

SUccedit altera quæſtio, de his qui habent merum imperium. Lotarius reſpondit, ſolum Imperatorem habere merum im-
1 perium: Magiſtratus habere nudum ejus
uſum, & exercitium. Contra Azo reſpondit, etiam magiſtratus habere ipſum merum imperium, ipſam poteſtatem, ipſum jus gladii. Ego neutri aſſentior. Non Lotario, quia falſum puto, magiſtratus non habere merum imperium. Non Azoni, quia puto, ſolos magiſtratus habere merum imperium, non autem Imperatorem, aut Principem.

Sententia Lotarii facilè refellitur animadvertendo, quòd ſemper in jure noſtro merum imperium refertur ad magiſtratus, iique dicuntur habere merum imperium, habere jus gladii, habere poteſtatem, quæ nihil
aliud eſt, quàm merum imperium. *l. im-* 2
perium ff. de juriſdict. Hæc omnia magiſtratui tribuuntur in *l. 4. ff. de off. Præſid. in l. & ideò ff. de off. Proconſ. in l. 2. ff. de in jus voc. in l. lege Juliâ 7. & l. qui dolo 10. ff. ad leg. Jul. de vi publ. in l. 2. §. exactis ff. de orig. jur. in l. illicitas §. qui univerſas ff. de offic. Præſid. in l. 12. & ult. ff. de offic. Proconſ. in l. 1. in princ. ff. de off. ejus cui mand. eſt juriſd.* ibi *ſuam juriſdictionem*, & in §. 1. ibi *ſed merum imperium, quod lege datur.* Contra nuſquam in jure noſtro traditum eſt, magiſtratus habere uſum, aut exercitium meri imperii.

Non ignoro ea, quæ traduntur in noſtra *l. 1. princ.* ibi *& ideò videntur errare magiſtratus, qui, cùm publici judicii habeant exercitionem, lege vel Senatuſconſ. delegatam.* In *l. ſunt præterea ff. de extraord. crimin.* ibi *ſunt prætereà crimina, quæ ad executionem Præſidis pertinent.* & in *l. ſunt quædam in fin. ff. eod. hanc rem Præſides exequi ſolent graviter uſque ad pœnam mortis.* & in *l. ult. C. ut nemo privatus.* ibi *executoreſque hujus legis omnes judices eſſe oportere.*

Sed hæc nullam vim habent ad probandam Lotarii ſententiam: neque enim ibi nominatur uſus, aut exercitium meri im-
perii: ſed exercitium publici judicii. Et rectè. 3
Nam, qui habet merum imperium, utique exercet publica judicia, & publici judicii habet exercitionem. Quorſum enim ei datum eſt à lege jus gladii? An, ut eo utatur adversùs eos, qui judicati, & condemnati non ſunt? Abſit. abuteretur hâc ratione mero imperio, non legitimè uteretur. Itaque merum imperium & continet exercitionem publici judicii, & continet executionem condemnationis; & qui utrumque habet, utique habet merum imperium. Quamobrem laudatæ leges apertè demonſtrant, magiſtratus habere merum imperium, cùm ipſis tribuant & judicii exercitionem, & executionem pœnæ. Nec ſine cauſa verbo exercitionis utitur Papinianus in laudata *l. 1. ff. h. t.* cùm verbum illud ad judicium referat, cujus propria eſt exercitio. *l. etiam 15. ff. ut legat. nom. caveat.* Et maximè con-

venit verbum hoc publicis judiciis, quæ propriè exerceri dicuntur. *l. ordo* 8. *ff. de publ. judic. l. qui dolo* 10. *ff. ad leg. Jul. de vi publ. l. hac ſtipulatio nov. ff. de V. S.* Liv. *lib.*9. *In me primum, & in hunc M. Tullium quæſtiones exerceatis.* Cicer. 3. *in Verr. Atque etiam judicium in Pretura publicum exercuit.* Sueton. *in Jul. Cæſare cap.* 11. *Atque in exercenda de ſicariis quæſtione eos quoque ſicariorum numero habuit, quis proſcriptione ob relata civium Romanorum capita pecunias ex ærario acceperant, quamquam exceptos Cor-
4 neliis legibus.* Hæc autem exercitio quæſtionis, ſeu publici judicii extra ordinem lege, vel Senatuſconſ. delegabatur, iſque, cui delegata erat, judex quæſtionis appellabatur. *l.* 2. §. *& quia ff. de orig. jur. l.* 1. §. 1. *ff. ad l. Corn. de Sicar.* Et huc pertinet textus in *l.* 7. §. *ult. ff. de offic. Proconſ.* Et hoc notiſſimum eſt non ignaris antiquitatis.

Neque ex eo, quòd Magiſtratus non poſſit liberare condemnatum, eique pœnam remittere, argui poteſt, eum non habere merum imperium. Nam Magiſtratus non propterea, quòd habeat merum imperium, idcircò eſt ſupra leges. Magiſtratus enim eſt legum executor, non everſor. *l. ult. C. ut nemo privat.* Ideò rectè Magiſtratus, *lex lo-
5 quens* à M. Tullio appellatur. Quapropter poteſt quidem reos abſolvere, *l. ſolent.* 6. *ff. de offic. Proconſ.* non tamen poteſt remittere pœnam condemnatis. *l.* 4. *in fin. ff. de pœn.* hoc enim facere poteſt ſolus Princeps, qui eſt ſupra leges. *l. acta* §.1. *ff. de re judic.* nec tamen hac facultate, ac poteſtate abuti debet, ſed id ex cauſa facere. *d. l.* 4. *in fin. ff. de pœn.* Abſolutio, ſicut & condemnatio, eſt legibus conſentanea: ideò magiſtratui committitur. *l. nemo qui condemnare ff. de reg. jur.* Tertullian. *adverſ. Marcian. lib.* 4. *Qui enim judicat, abſolvit.* Remiſſio pœnæ, reorum jam condemnatorum liberatio, eſt contraria legibus, & ideò ſoli Principi permiſſa.

Habent itaque Magiſtratus merum imperium, cùm eis à lege datur. Merum imperium habere etiam Principem, in confeſſo eſt apud omnes. Ego vero, ut dicam quod ſentio, nuſquam legi apud veteres, Prin-
cipem habere merum imperium. Eſt hoc pro- 6
prium magiſtratuum, quorum alii merum, alii mixtum imperium habent. Merum enim dicitur imperium, ut mixto opponatur, & ab eo diſtinguatur: quod fieri non debet in Principe, qui ſupremam, ac regiam habet poteſtatem, in qua hæc omnia abſorbentur. Juriſdictio, merum, ac mixtum impe-
rium in Principe non diſtinguuntur, atque 7
hæc omnia idem ſunt, & uno regiæ poteſtatis nomine, atque autoritate continentur, quæ hæc omnia ſupereminet, atque, ut ita dicam, hæc omnia continet eminenter.

Deo ſimiles ſunt Principes, quos argutè Plautus *humanos Joves* appellat, qui tamen
hominum more moriuntur. Tertullian. *ad* 8
Scapulam: Sic Imperator omnibus major eſt, dum ſolo Deo minor eſt; & in *Apolog. contra gent. Sciunt Imperatores, quis illis dederit imperium: ſentiunt, Deum eſſe ſolum, in cujus ſolius poteſtate ſunt, à quo ſunt ſecundi, poſt quem primi ante omnes Deos, & ſuper omnes homines.* Et paulò poſt; *Temperans majeſtatem Cæſaris infra Deum, magis illum commendo Deo, cui ſolo ſubjicio.* Deus creavit omnia, eiſque communicat, quicquid ipſa ſunt. Deus autem nihil eſt eorum, quæ creavit: &, quamvis ea nihil habeant, quod ab ipſo non habeant, tamen in Deo nihil eſt eorum, quæ ipſa habent: & nihilominùs omnia comprehendit, & omnia infinitate ſuâ superminet. Princeps creat Magiſtratus.
*l.*1. *ff. ad leg. Jul. de ambit.* Magiſtratibus, quos 9
creavit, communicat imperium: in ipſo tamen non reſidet ejuſmodi imperium, cujuſmodi eſt in Magiſtratu, ſed ſuprema ac regia poteſtas quæ comprehendit quidem, & continet eminenter omnia jura magiſtratuum, ipſa tamen nihil eſt eorum, quæ tribuit magiſtratibus. Jus magiſtratuum abſorbetur in regia poteſtate, & non eſt amplius id ipſum, quod eſt, cùm reſidet in magiſtratu.

Sed, ut aliquantò demittam orationem, & planiùs, explicem quod volo, à jure noſtro depromamus exemplum. Dominus rei ſuæ dominium habet, non uſum, aut uſum-
fructum. *L. Sempronius Attalus in princ. ff.* 10

*de uſufr. legat. l. uti frui 5. in princ. ff. ſi
uſusfruct. petat. l. in re communi 26. ff. de
ſervit. urban. præd.* Concedit tamen cuilibet
rei ſuæ uſum, vel uſumfructum: ipſique
communicat jus utendi, fruendi, quod in
Domino non diſtinguitur à jure dominii,
quo abſorbetur. Itaque Dominus in re ſua
facere poteſt ea omnia, quæ uſuarius, &
& uſufructuarius & etiam multò plura: non
tamen ea facit jure uſûs, vel uſusfructûs,
ſed jure dominii. Princeps quoque propriè
non habet merum, aut mixtum imperium,
aut juriſdictionem, qualem habent Magiſ-
tratus. Tribuit tamen hæc magiſtratibus,
quæ, cùm in ipſo ſunt, non diſtinguuntur
à regia poteſtate, cui inſunt ab ea minimè
11 ſejuncta, atque diſtincta. Quare Princeps
facere poteſt ea omnia, quæ ſunt juriſdictio-
nis, mixtique, ac meri imperii, quæque
poſſunt facere Magiſtratus: non tamen ea
facit eâdem autoritate, qua Magiſtratus,
neque jure ejus imperii, quod habent Ma-
giſtratus; ſed jure ſuæ poteſtatis, quæ longè
ſupereminet omnia jura magiſtratuum, ei-
que tribuit facultatem faciendi alia multa,
quæ facere nequeunt Magiſtratus.

CAPUT III.

AD EAMD. LEG.

SUMMARIUM.

1 *Merum imperium mandari non poteſt.*
2 *Merum imperium nominatim à lege datur.*
3 *Refertur ſententia Maſſinii de mandando mero imperio.*
4 *Confutatur hæc ſententia.*
5 *Explicantur verba l. 1. ff. de off. ejus.*
6 *Merum imperium nemo poterat habere niſi à populo, aut à Senatu.*
7 *Imperium militare erat idem, ac merum imperium, & eodem modo dabatur.*
8 *Legibus Valeriis ademptum eſt Magiſtratibus merum imperium.*
9 *Conſules non habebant merum imperium poſt leges Valerias.*
10 *Dabatur ipſis aut lege curiata, aut Senatuſconſ.*
11 *Dictator non habebat merum imperium.*
12 *A Dictatore ad populum provocabatur.*
13 *Dictator creatus*, ut optima lege, *habebat merum.*
14 *Imperium à Senatu.*
15 *Dictatori aliquando imperium lege curiata dabatur.*
16 *Præfectus urbi habebat merum imperium.*
17 *Item Præfectus Prætorio.*
18 *Item Proconſ. Præſides, Prætores provinciales.*
19 *Item Legati Cæſaris.*
20 *Item Legati conſulares.*
21 *Item Præfecti quatuor à Conſtantino creati.*
22 *Præfectus Prætorio non poterat mandare merum imperium: refellitur argumentum Maſſinii.*

SUpereſt tertia quæſtio de poteſtate 1
mandandi merum imperium. Merum
imperium mandari non poſſe, ſatis conſ-
tat ex noſtra *l. 1. in princ. verſic. & ideo
& in §. 1. verſic. verius. Verius eſt enim,
more majorum juriſdictionem quidem trans-
ferri: ſed merum imperium, quod lege
datur, non poſſe tranſire, l. ſolent. 6. in princ.
ff. de offic. Proconſ. l. nemo poteſt. 10. ff. de
reg. jur.* Quod & evidens ratio ſuadet: nam
ea, quæ nominatim aliquâ lege, vel Se-
natuſconſ. vel Principum conſtitutione tri- 2
buuntur, mandari non poſſunt. *l. 1. in princ.
ff. de offic. ejus.* hujuſmodi autem eſt merum
imperium. *d. l. in princ.* ibi *lege vel Sena-
tuſconſ. delegatam*: & in §. 1. ibi *merum
imperium, quod lege datur. d. l. ſolent, &
d. l. nemo* ibi. *gladii poteſtatem ſibi datam.*
Sed declamat Vir doctus, Philippus Maſ-
ſinius, qui ad explicationem noſtræ legis
primæ magno conatu contendit probare,
merum imperium naturâ ſuâ potuiſſe man-
dari etiam de jure civili. Putat enim merum 3
imperium aliquando à lege dari; &, hoc
non poſſe mandari, concedit: aliquando
competere jure magiſtratus, ut Conſulibus,
Dictatori, Præfecto Prætorio Orientis, ſub
quo erant quinquaginta provinciæ, quas
adminiſtrare non potuiſſet, ſi non habuiſſet
jus mandandi merum imperium. Id ipſum
confirmat animadvertendo, quòd prohiben-
tur mandare merum imperium ii ſolùm,
qui habent illud à lege, vel Senatuſconſ.
ut in modò laudatis legibus. Sunt igitur
alii, qui illud à lege non habent, quique
ipſum mandare non prohibentur.
Sed fallitur meo judicio: nam verba illa,
à lege datum, & hujus generis cætera, non 4
adjiciuntur à veteribus, ut diſtinguatur

merum imperium , quod datur à lege , à mero imperio, quod competit jure magiſtratus. Nuſquam enim in jure noſtro fit mentio meri imperii , quod jure proprio , ſeu jure magiſtratus competat : undè promptum eſt conjicere , merum imperium numquam competere jure proprio. Quamobrem verba illa adjiciuntur tum ad demonſtrandam na-
5 turam meri imperii , tum ad indicandam rationem , cur mandari non poſſit ; tum denique , ut diſtinguatur à juriſdictione , quæ competit jure magiſtratus ; ut conſtat ex noſtra *l.* 1. §. 1. ibi *Verius eſt enim , more majorum juriſdictionem quidem transferri , ſed merum imperium , quod lege datur , non poſſe tranſire.* Comparat juriſdictionem cum mero imperio. Juriſdictio mandari poteſt more majorum , quia magiſtratus eam ſuo jure habet. *l. more majorum ff. de juriſd.* Contrà imperium mandari non poteſt , quia à lege datur. Utrumque pronunciatum generale eſt : illud comprehendit omnem juriſdictionem magiſtratus : hoc omne merum imperium. Opponitur autem merum imperium juriſdictioni , quia illa competit magiſtratui jure proprio ; hoc eidem competit , quia à lege datur : & ideò illa mandari poteſt : hoc non poteſt.

6 Veriſſimum enim eſt , neminem imperium habere potuiſſe niſi à populo , aut à Senatu. *Cic. in* 2. *Agrar. contra Rullum* : *Hic autem Tribunus plebis , quia videbat , poteſtatem neminem injuſſu populi , aut plebis poſſe habere.* Et paulò poſt : *Vidit & perſpexit , ſine curiata lege decemviros habere poteſtatem non poſſe.* Et infrà : *Tum ii decemviri , inquit ,* (Rullus) *eodem jure ſint , quo qui optimâ lege. Si hoc fieri poteſt , ut in hac Civitate , quæ longè libertate cæteris antecellit , quiſquam nullis comitiis imperium , aut poteſtatem conſequi poſſit ; quid attinet tertio capite legem curiatam ferri jubere , quoniam quarto permittas , ut ſine lege curiata idem juris habeant , quod haberent , ſi optima lege à populo fuiſſent creati ? Reges conſtituuntur , non decemviri , Quirites , iique ab his initiis fundamentiſque naſcuntur , ut non modo , cum gerere cœperint , ſed etiam , cùm conſtituentur , omne veſtrum jus , poteſtas , libertaſque tollatur.* Et deindè : *Primùm permittitur infinita poteſtas innumerabilis pecuniæ conficiendæ de veſtris vectigalibus non fruendis , ſed alienandis : deinde orbis terrarum , gentiumque omnium datur cognitio ſine conſilio , pœna ſine provocatione , animadverſio ſine auxilio.* En quod , ſi merum imperium cuiquam permittatur ſine lege curiata , aut injuſſu populi , tollitur omne jus , poteſtas , libertaſque populi Romani. Quid autem ſit optima lege creari magiſtratum , infra explicabo. Feſt. *Cum imperio eſſe dicebatur , cui à populo nominatim mandatum erat imperium.* Liv. lib. 26. *Omnes centuriæ Scipioni in Hiſpania imperium eſſe juſſerunt.* Neque quiſquam hoc referat ad imperium militare. Erat enim ejuſdem modi impe- 7
rium. Ideo autem proficiſcentibus ad bellum neceſſe erat mandari imperium , quia ſine imperio , hoc eſt , ſine poteſtate animadvertendi res militaris adminiſtrari non poterat. Cicer. *Philippic.* 5. *Demus igitur imperium Cæſari , ſine quo res militares adminiſtrari , teneri exercitus , bellum geri non poteſt.* & *Philipp.* 11. *Aut exercitus adimendus , aut imperium dandum fuit. Quæ eſt enim ratio , aut qui poteſt fieri , ut ſine imperio teneatur ?* Certè ſi ſine juſſu populi nemo habere poterat imperium extra urbem Romam in provinciis apud exercitum , multò minus illud habere poterat aut exercere in urbe Roma,& ubi hoc non exigebat rei militaris neceſſitas.

Sancitum autem fuit hoc lege Valeria lata anno 304. ab urbe condita , L. Valerio , &
M. Horatio Conſ. Liv. *lib.* 3. *Aliam deinde* 8
conſularem legem de provocatione , unicum præſidium libertatis , Decemvirali poteſtate everſam , non reſtituunt modo , ſed etiam in poſterum muniunt ; ſanciendo nova lege , ne quis ullum magiſtratum ſine provocatione crearet : qui creaſſet , eum jus faſque eſſet occidi : neve ea cædes capitalis noxæ haberetur. Tres hac de re leges latæ fuerunt , omnes ab eadem familia. Prima exactis regibus , ut à Conſulibus ad populum provocatio eſſet : neve quis magiſtratus poſſet civem Romanum provocantem verberare , aut necare. Hujus legis

legis meminit Plutarch. *in Publicola.* Dionyſ. Halicarnaſ. *lib.* 5. Liv. *lib.* 2. Valer. Max. *lib.* 4. *cap.* 1. *&* Pomponius *in l.* 2. §. *exactis ff. de orig. jur.* Altera ejectis Decemviris, de qua modo diximus. Tertia lata eſt anno Urbis 453. M. Valerio Corvo V. Q. Apuleio Panſa Conſ. de qua Liv. *lib.* 10. *M. Valerius Conſ. de provocatione legem tulit, diligentius ſanctam. Tertiò ea tum poſt reges exactos lata eſt, ſemper à familia eadem. Cauſſam renovandæ ſæpius haud aliam fuiſſe reor, quàm quod plus paucorum opes, quam libertas plebis poterant*; & deinceps: *Valeria lex, cum eum, qui provocaſſet, virgis cædi, ſecurique necari vetuiſſet; ſi quis adverſus ea feciſſet, nihil ultra, quam improbe factum, adjecit. Id. (qui tum pudor hominum erat) viſum credo vinculum ſatis validum legis: nunc vix ſervo ita minetur quiſquam.* His legibus Valeriis ademptum omnino merum imperium magiſtratibus.

De ſingulis jam videamus. Conſules, ſatis
9 conſtat, non habuiſſe merum imperium, quum Valeriis legibus id ipſis fuiſſet ademptum, de quibus hactenus, & in *l.* 2. §. *exactis ff. de orig. jur.* Dabatur tamen aliquando
10 ipſis vel à lege, vel à Senatuſconſulto. Lege curiata, cum ad bellum proficiſcebantur, ut norunt omnes vel leviter eruditi. Senatuſconſult. cum in trepidis rebus, & difficillimis Reip. temporibus decernebat Senatus, *viderent Coſſ. ne quid Reſp. detrimenti caperet.* Saluſt. *in bello Catalinar. Itaque, quod in atroci plerumque negotio ſolet, Senatus decrevit: darent operam Coſſ. ne quid Reſp. detrimenti caperet. Ea poteſtas per Senatum more Romano maxima permittitur, exercitum parare, bellum gerere, omnibus modis ſocios, atque cives coercere: domi, militiaque imperium, atque judicium ſummum habere. Aliter ſine populi juſſu nulli earum rerum Conſuli jus eſt.* Liv. *lib.* 3. Cæſ. *lib.* 1. *commentar. de bello civil.* Plutarch. *in Cicerone.* Dio *lib.* 37. Veget. *lib.* 3. *cap.* 1. *& paſſim* Cicero *in Philippicis.*

Veniamus ad Dictatorem, qui erat magiſtratus extraordinarius: quamobrem, etſi verum eſſet, eum potuiſſe mandare merum imperium, atque ipſum habuiſſe jure Magiſtratus; tamen non proindè dici poſſet, merum imperium ſui naturâ potuiſſe mandari: hoc enim ſolum eveniſſet extra ordinem.

Sed illud veriſſimum eſt, Dictatorem non habuiſſe merum imperium jure proprio, ſeu 11
jure ſui Magiſtratus: neque enim ſemper habebat merum imperium, ſed tunc ſolum, cùm creatus erat ſine provocatione, ſeu optimâ lege. Feſt. Pomp. *in verbo optima lex; In Magiſtro populi faciendo, qui vulgò Dictator appellatur, quam pleniſſimum poſſet, jus eſſe ſignificabatur, ut fuit Manii Valerii, M. Fabii Voluſinæ gentis, qui primus Magiſter à populo creatus eſt. Poſtquam verò provocatio ab* 12
eo magiſtratu ad populum data eſt, quæ antea non erat, deſitum eſt dici, ut optimâ lege: utpote imminuto jure priorum magiſtratuum. Apud Livium, *lib.* 8. *Cum L. Papirius Dictator Q. Fabium Magiſtrum equitum ob ſpretum Dictatoris imperium prehendi juſſiſſet, pater Q. Fabii ad populum provocavit. Tribunos, inquit, plebis appello, & provoco ad populum: eumque tibi fugienti exercitus tui, fugienti ſenatûs judicium, judicem fero, qui certè unus plus, quàm tua dictatura, poteſt, polletque. Videro, ceſſurusne provocationi ſis, cui Rex Romanus Tullus Hoſtilius ceſſit. Ex curia in concionem itur.* Ceſſit igitur provocationi Dictator: non tamen populus auſus eſt abſolvere Q. Fabium, ſed precibus extorſit, & ab ira Dictatoris eripuit.

Sed &, cùm Dictator ſine provocatione creabatur, tamen imperium habebat vel à Senatu, vel à populo. Non creabatur à populo 13
Dictator, ſed juſſu Senatûs ab altero Conſ. dicebatur noctu, & auſpicato. Præcedebat igitur juſſus, ac decretum Senatûs, qui Conſuli mandabat, ut aliquem ex conſularibus Dictatorem diceret; iſque, quem dixiſſet, ut *optimâ lege Magiſter populi eſſet.* Quibus verbis Senatus mandabat imperium ei, qui à Conſule Dictator fuiſſet dictus, Neque enim à Conſule autoritatem, poteſtatemque accipere poterat, cùm major eſſet Dictatoris, quam Conſulis poteſtas. Itaque verbis illis, *ut optima lege* tribuebatur ſumma poteſtas,

Digitized by Google

Sic M. Tull. *Philipp.* 5. illis verbis tribuit
14 imperium Cæſari: *Demus igitur imperium
Cæſari, ſine quo res militaris adminiſtrari,
teneri exercitus, bellum geri non poteſt. Sit
pro Prætore eo jure, quo qui optimo. Et Philipp.*
11. *Senatui placere, C. Caſſium Proconſ. pro-
vinciam Syriam obtinere, ut qui eam optimo
jure provinciam obtinuerit.* Sunt verba Sena-
tuſconſulti, quo Caſſio datur imperium. Ideò
autem à Senatu, non à populo, Dictatori
dabatur imperium, quia, cum urgente ulti-
mâ neceſſitate, aut in ſalutis deſperatione
ſolerent ad ſupremum Dictatoris auxilium
confugere, plerùmque tempus, & occaſio
præceps non permittebat, ut poſſent haberi
comitia. Qua de cauſa factum eſt, ut nec
à populo crearetur. Sicut igitur Senatus
turbidis Reip. temporibus dabat imperium
Conſulibus illis verbis: *viderent Conſules, &c.*
ſic aliquando Dictatorem ſic jubebat, eique
dabat imperium illis verbis: *ut optimâ lege.*
Videndus M. Tullius *in* 2. *Agrar. loco paulò*
15 *ante laudato.* Sed à lege curiatâ datum fuiſſe
Dictatori imperium, accepimus à Livio lib.
9. *C. Julium Bubulcum Magiſtrum equitum
dixit: (Papirius) atque ei legem curiatam de
imperio ferenti triſte omen diem diffidit. Poſ-
tero die repetitis auſpiciis pertulit legem.*
16 Everſâ Rep. merum imperium habebat
Romæ Præfectus urbi. Sed hoc ei datum fuit
epiſtolâ D. Severi *l.* 1. §. *initio ff. de off. Præf.*
17 *urbi. l. aut damnum.* 8. §. *præfecto ff. de pœn.*
Habebat Præfectus Prætorio, ſed ſpecialiter
ab Imperatore, qui eum gladio cingebat, ut
probavimus in ſuperioribus.

Proconſules, Præſides provinciarum, Præ-
tores, quibus provinciæ aſſignabantur, ſtan-
te Rep. imperium obtinebant lege curiatâ.
18 Poſt everſam Remp. ab Imperatore, ut ſuprà
diximus ex Dione, lib. 55. idem habebant
19 legati Cæſaris, qui ad univerſas provincias
regendas à Cæſare mittebantur. Dio *d. lib.*
55. De quibus intelligendus text. in *l. exci-
piuntur* 14. *ff. de SC. Silanian.* Idem etiam
habebant legati Conſulares, per quos à Prin-
cipibus bella adminiſtrabantur, quorum per-
ſona honoratiſſima erat, & ſacerrima. Dio-
nyſ. Halic. *lib.* 2. Dio *lib.* 52. Et ad hos re-
ferendus text. in *l. milites* 12. *ff. de cuſtod. &
exhib. reor.*

Quatuor quoque Præfectos Prætorio, quos
Conſtantinus primus creavit, eorumque jus 21
valdè imminuit, ut refert Zoſimus lib. 2.
merum imperium habuiſſe, non eſt dubitan-
dum; ſicut olim habebat Præfectus Prætorio,
cum unicus erat: non tamen eum mandare
potuiſſe merum imperium, uſquam legimus:
neque conjicere poſſumus ex numero 49. pro- 22
vinciarum, quibus præerat: tum quia hæ
provinciæ ſuos Præſides, ac Proconſules ha-
bebant, quibus præerat Præfectus, & à qui-
bus ad ipſum provocabatur; *l. præcipimus* 32.
C. de appell. l. 3. *&* 4. *C. de off. Præf. Prat.
Orient.* tum quia habebat Vicarios, qui non
minùs juris habebant, quàm Præſides; *l.* 2.
C. de offic. ejus, qui vic. alic. jud. obtin. tum
denique, quia poterant cuſtodiarum cogni-
tionem aliis mandare *l. ſolent ff. de off. Proconſ.*

CAPUT IV.

AD L. 1. ET L. ULT. FF.

De off. ejus, cui mand. eſt juriſd.

SUMMARIUM.

1 *Juriſdictionis definitio.*
2 *Mixti imperii definitio, & undè dicatur?*
3 *Juriſdictio & mixtum imperium ſeparari non poſ-
ſunt.*
4 *Quæſtio proponitur.*
5 *Juriſdictio & mixtum imperium ſæpè in jure con-
funduntur.*
6 *Differt juriſdictio à mixto imperio, ſed tamen ab
eo ſejungi non poteſt.*
7 *Probatur hæc ſententia.*
8 *Proponuntur argumenta contraria.*
9 *Magiſtratus municipalis autoritas quanta?*
10 *Explicatur, quàm latè pateat mixtum imperium,
& quæ coërcitiones ad ipſum pertineant?*
11 *Ratio, cur majores, non minores magiſtratus
imperium habere, & cum imperio eſſe dicerentur.*
12 *Qui magiſtratus imperium habere dicerentur?*
13 *Tribuni plebis ſine imperio eſſe dicebantur: & quâ
de cauſâ? n.* 17.
14 *Diſcrimen inter majores, & minores magiſtratus,
& inter majora, & minora auſpicia.*
15 *Ratione majoris imperii non dicebatur major ma-
giſtratus.*
Conſul habebat majus imperium, quàm Prætor.

16 *Magiſtratus, qui non habebant jus vocationis & prehe-ſionis, cum imperio eſſe non dicebantur.*
17 *Quomodo nomen imperii ſit accipiendum?*
Tribuni plebis habebant mixtum imperium.
18 *Ædiles, minores magiſtratus, & in jus vocari poterant*
19 *Ædiles pignora capere, & mulctam dicere poterant.*
20 *Ædilium poteſtas.*
21 *Quæſtores habebant mixtum imperium: maximum eorum officium.*
22 *Præfectus vigilum, & Præfectus annonæ habebant mixtum imperium.*
23 *Non in omnibus municipiis & coloniis iidem magiſtratus.*
24 *Magiſtratus municipales qui?*
25 *Magiſtratus municipales mixtum imperium habebant.*
26 *Poteſtatis nomen indicat imperium.*
27 *Poteſtas, magiſtratus cum imperio.*
28 *Ædiles municipales in carcerem conjicere & atrociter poterant verberare. & n. 30.*
29 *Flagella, atrox coërcitio.*
31 *Poterant pignoribus captis coërcere.*
32 *Magiſtratus municipales videntur habuiſſe mulctæ dictionem, & quomodo?*
33 *Magiſtratus urbani mulctæ dictionem habebant more majorum.*
34 *Eam habebant ab initio Reip.*
35 *Decuriones, ſuſceptores, curatores calendarii, curatores annonæ non erant magiſtratus.*
36 *Nomine magiſtratus ſæpe numero indicantur magiſtratus municipales.*
37 *Magiſtratus urbani more juriſdictionem habebant: provinciales lege & conſtitutionibus.*
38 *Ædiles municipales menſuras frangere poterant.*
39 *Defenſores civitatum, & juridicus Alexandriæ.*
40 *Habebant modicam coërcitionem.*
41 *Imperii nomen non ſemper ſignificat mixtũ imperium. Quæ dicantur eſſe magis imperii, quàm juriſdictionis.*
42 *Quantum differat mulcta à pœnali judicio, & quid utrumque ſit?*

1 JUriſdictio *eſt jus cognoſcendi, ſtatuendique in cauſis civilibus, quod jure magiſtratus competit*: vel *eſt notio, quæ competit jure ma-*
2 *giſtratus.* Mixtum autem imperium *eſt poteſtas modicè coërcendi, cohærens juriſdictioni, ad eam tuendam, atque explicandam comparata.* Cohæret juriſdictioni mixtum imperium. *l. 1. in fin. ff. de off. ejus, cui mand. eſt juriſd.* Ineſt juriſdictioni mixtum imperium. *l. 3. ff. de juriſd.* Et ideò *mixtum* appellatur, quia cohæret, & miſcetur juriſdictioni. Ita autem hæc duo inter ſe apta, & connexa ſunt, ut
3 ſeparari non poſſint. Fruſtra enim magiſtratus cauſam cognoſceret, ſtatueret, decerneret, juberet, ſi non poſſet exequi ſententiam, & coërcere reluctantes, ac juriſdictioni ſuæ parere detrectantes. Itaque veriſſimè Paulus in *l. ult. §. ult. ff. de offic. ejus* ait, ſine modicâ coërcitione nullam eſſe juriſdictionem. Etenim ſine modicâ coërcitione expediri,
atque explicari non poteſt juriſdictio. Quo- 4
circa inter doctiſſimos homines eſt magna diſſenſio, an ſit ulla juriſdictio ſimplex, omninò ſejuncta, ac ſeparata à mixto imperio.

Enimvero diſtinguitur à juriſdictione mix-
tum imperium. Et, licèt in jure noſtro prop- 5
ter inſeparabilem conjunctionem, & quaſi quandam individuam ſocietatem, & nominum communicationem, alterum pro altero accipiatur, ut in *l. etſi prætor 3. ff. de off. ejus l. 4. ff. de juriſd.* junctâ *l. 1. ff. de damn. infect.* & *l. cùm prætor §. hi qui ff. de judic.* junctâ *l. 3. in fin. ff. de juriſd.* & in *eâd. l. 3.* juncto *§. ſed eas Inſt. tit. de bonor. poſſeſſ.* & *l. ea, quæ ff. ad municip.* junctâ *l. ult. C. ubi & apud quem reſtit.* tamen omninò diverſa eſt à 6
mixto imperio juriſdictio. Et quamvis Magiſtratus habeat utrumque, tamen aliquando exercet juriſdictionem, aliquando mixtum imperium: & quædam facit vi juriſdictionis ſuæ, in quibus non exercet imperium; veluti cùm cauſam cognoſcit, decernit, ſententiam dicit: quædam facit vi imperii, ad quæ facienda non ſufficit juriſdictio: ut cum coërcet contumaces. Quamobrem ſi omnes ſpontè parerent juriſdictioni magiſtratuum, non eſſet opus imperio. Sed cùm ſæpe numero ſoleat evenire, ut multi parere detrectent, idcircò ne ludibrio ſit & contemtui dignitas magiſtratuum, legum auctoritas, & ipſa juriſdictio, neceſſe fuit ipſi adjungere mixtum imperium, ſeu modicam coërcitionem, quâ quilibet magiſtratus tueri poſſet juriſdictionem ſuam. Quare non poteſt mixtum imperium à juriſdictione ſejungi.

Ac miror, pleroſque hac de re dubitare. Cui data eſt juriſdictio, conceſſa videntur ea omnia, ſine quibus juriſdictio explicari
non poteſt. *l. 2. ff. de juriſd.* Atqui ſine mo- 7
dicâ coërcitione non poteſt explicari juriſdictio. *l. ult. §. ult. ff. de offic. ejus.* Prætereà is, cui mandata eſt juriſdictio, habet mix-

B ij

tum imperium: *l. 1. in fin. & l. ult. in fin. ff. eod.* ergo ipſum multò magis habet magiſtratus. Nam plus juris habet magiſtratus, quàm is, cui mandata eſt juriſdictio: hic enim juriſdictionem habet alieno beneficio, & alieno nomine eam exercet, & uſum potiùs, & exercitium juriſdictionis habet, quàm ipſam juriſdictionem: ille verò eam habet jure proprio, & quodammodo, ut ita dicam, habet ipſum dominium juriſdictionis. *l. 3. l. ſolet. 16. ff. de juriſd.* Quod & ſic etiam concludi poteſt: Is, cui mandata eſt juriſdictio, vel habet mixtum imperium à ſe ipſo, vel à mandante. Non à ſe ipſo, quia nihil proprium habet: *l. 1. §. 1. l. etſi prætor 3. ff. de offic. ejus. l. ſolet. 16. ff. de juriſd.* ergo à mandante. Non poteſt autem habere à mandante, niſi ipſe mandans illud habuerit. *l. nemo plus juris. ff. de reg. jur.* Item, ideò transfertur mixtum imperium mandatâ juriſdictione, quia ſine eo inutilis eſſet, ac nulla juriſdictio. *d. l. ult.* ergò multò magis eâdem ratione mixtum imperium habere debet magiſtratus. Animadvertendum enim eſt, quòd in *d. l. ult.* agitur de juriſdictione, mandatâ privato, cui multò minùs neceſſaria eſt coërcitio, quàm magiſtratui; qui perſonam Reip. ſuſtinet, & tueri debet dignitatem ſuam. Præterquam quòd mandatam juriſdictionem tueri poſſet ipſe mandans, cujus nomine exercetur: juriſdictionem magiſtratus tueri poteſt tantummodò ipſe magiſtratus, cùm eam non alieno beneficio habeat, ſed jure proprio eamque ſuo nomine exerceat. Denique id adeò perſpicuè traditum eſt in *l. ult. §. ult. in fin. ff. de offic. ejus*; & in *c. paſtoralis vis de offic. & poteſt. judic. deleg.* ut id in controverſiam vocare nequeamus, niſi velimus tenebras offundere perſpicuæ veritati.

Duo ſunt, quæ interpretibus noſtris impoſuerunt: Primum, quòd in *l. 2. ff. de in*
8 *jus vocand.* majores Magiſtratus, Conſul, & Prætor imperium habere dicuntur. Contrà verò minores Magiſtratus ſine imperio eſſe, ait Ulpianus in *l. nec Magiſtratibus 32. ff. de injur.* Ac propterea exiſtimarunt, majores magiſtratus à minoribus differre, quod illi ſoli haberent mixtum imperium.

Alterum, quòd in *l. ea quæ ff. ad municipal.* traditum eſt, à magiſtratibus municipalibus fieri non poſſe ea quæ magis imperii ſunt,
quàm juriſdictionis. Non habebant igitur 9
mixtum imperium. Itaque nec pœnali judicio juriſdictionem ſuam defendere poterant *l. 1. in princ. ff. Si quis jus dicenti non obtemper.* Non poſſunt mulctam dicere. *l. aliud frauſ. 131. ff. de V. S.* Non poſſunt in carcerem duci jubere. *l. nec magiſtratibus 32. in fin. ff. de injur.* junctâ *l. 2. ff. de in jus voc.*

Ut ex his laqueis nos exuamus, atque explicemus, animadvertere oportet, mixti imperii plures eſſe partes, nec omnibus ma-
giſtratibus omnes partes tribui. Modica coër- 10
citio, quæ ad mixtum imperium pertinet, aliquando latiùs patet, aliquando contrahitur anguſtiùs. Cùm latiſſimè patet, hæc ferè comprehendit: pignora capere, mulctam dicere, corpus retinere, & vinculis coërcere, & modicè verberare. M. Tullius 3. de legib. *Magiſtratus nec obedientem & noxium civem mulctâ, vinculis, verberibuſque coërcento.* Labeo in *l. ſacrilegi 9. in fin.* alias *l. cum eo 10. ff. ad leg. Jul. pecul. Is qui hoc imperio utitur, exigeret id eſt, pignus capiendo, corpus retinendo. l. 2. ff. de in jus voc. l. aliud frauſ. 131. in fin. ff. de V. S.* Non omnes autem magiſtratus habebant pleniſſimam hanc coërcendi poteſtatem: ſed ſoli magiſtratus majores, qui, ut plenam, & excellentem habebant juriſdictionem; ita plenum,
& excellens habebant imperium. Minores 11
Magiſtratus habebant & ipſi mixtum imperium, & aliquam coërcitionem ad tuendam juriſdictionem ſuam: ſed, ſicut non habebant plenam, & excellentem juriſdictionem, ita non habebant plenum, & excellens imperium. Idcircò hi ſine imperio eſſe dicebantur: quia cum illis comparati propemodum non videbantur imperium habere. Illi contrà imperium habere dicebantur, cum imperio eſſe, imperio uti, pro imperio ſuo aliquid agere. *d. l. 2. ff. de in jus voc. l. 3. ff. de off. ejus l. 1. §. imperio ff. de adoption. l. cum Prætor. §. 1. ff. de judic. l. juris gentium 7. §. ſi paciſcar ff. de pact. l. quod juſſit 14. ff. de re judic.*

Digitized by Google

Sed hæc ex annalibus, & ultimâ antiquitate ſunt eruenda, & argumentis nihil dubii relinquentibus confirmanda. Varro omnium, quotquot umquam fuerunt, antiquitatis longè peritiſſimus, apud Gell. *lib.* 13. *cap.* 12. tollit omnem controverſiam his verbis: *In Magiſtratu habent alii vocationem, alii prehenſionem, alii neutrum. Vocationem, ut Coſſ. & cæteri, qui habent imperium. Prehenſionem, ut Tribuni plebis, & alii qui habent viatorem. Neque vocationem, neque prehenſionem, ut Quæſtores, & cæteri, qui neque lictorem habent, neque viatorem. Qui vocationem habent, iidem & prehendere, & tenere, &*
12 *abducere poſſunt.* Conſtat igitur, quòd illi ſoli magiſtratus imperium habere dicebantur, qui habebant vocationem; hoc eſt, qui & vocare, & prehendere, & tenere, & abducere poterant. Hæc enim erat maxima exercitio omnium, quæ ad mixtum imperium pertinebant. Hinc, in *l.* 2. *de in jus vocand.* rectè dixit Ulpianus: *& cæteros magiſtratus, qui imperium habent, qui & coercere aliquem poſſunt, & jubere in carcerem duci.* Imperium igitur habere dicuntur illi, qui poſſunt non ſolùm coërcere, ſed
13 etiam in carcerem duci jubere. Neque hoc ſatis erat Romanæ Reip. tempore. Nam Tribuni plebis, licèt prehendere, & in carcerem conjicere poſſent, tamen ſine imperio eſſe dicebantur, quia vocationem non habebant. Quare Antiſtius Labeo, à Tribuno pleb. per viatorem vocatus, non paruit: reſponditque, Tribunos non habere jus, neque ſe neque alium quemquam in cauſa vocandi, cum moribus majorum Tribuni plebis prehenſionem haberent, vocationem non haberent. Poſſe igitur eos venire, & prehendi ſe jubere, ſed vocandi abſentem jus non habere. Ulpianus tamen in laudatâ *leg.* 2. vocationis mentionem non facit, ſed ſolùm prehenſionis, quia fortaſſe eo tempore ſublatum erat diſcrimen inter vocationem, & prehenſionem, cum tribunitiam poteſtatem uſurpaſſent Imperatores. Certè Tacitus *lib.* 13. *Annal.* inter ſigna manentis adhuc imaginis Reip. refert à Senatu prohibitos Tribunos jus Prætorum, & Conſulum præripere, aut vocare ex Italia, cum quibus lege agi poſſet.

Neque olim majores Magiſtratus à minoribus differebant ratione imperii, ſed ratione auſpiciorum. Gell. *lib.* 13. *cap.* 15. ex Meſſalla augure: *Patriciorum auſpicia in duas ſunt poteſtates diviſa. Maxima ſunt Conſulum, Prætorum, Cenſorum,* &c. *Reliquorum Magiſtratuum minora ſunt auſpicia. Ideò illi* 14
minores, hi majores magiſtratus appellantur. Majora autem ac minora auſpicia dicebantur à majori, & minori templo. Templum dicebatur, teſte Varrone, locus, in terris augurii, vel auſpicii cauſa, quibuſdam conceptis verbis finitus. Conſtat igitur inter majores, & minores magiſtratus hoc fuiſſe diſcrimen, quòd illi majoribus, hi minoribus auſpiciis creabantur.

Enimverò non nego, majores Magiſtra- 15
tus majus imperium habuiſſe: ſed hoc eos in diverſa claſſe non conſtituebat. Nam Prætor erat major magiſtratus, ſicut Conſul, & tamen minus imperium habebat. Gell. loco laudato: *Quia imperium minus Prætor, majus habet Conſul.* Juſtinianus noſter in *novell. de Prætor. Piſidiæ* ait, Prætores paulò minores eſſe Conſulibus. Itaque Conſules habebant duodecim lictores: Prætores verò tantummodo ſex.

Ad rem redeamus. In jus vocari non poterant majores Magiſtratus, quia ipſi prehenſionem habebant: & qui prehenſionem habebat, in jus vocari non poterat. Mino- 16
res autem Magiſtratus in jus vocari poterant, quia jus vocationis, & prehenſionis non habebant. Iterum Gell. *lib.* 13. *cap.* 13. ex libris M. Varronis: *Qui poteſtatem neque vocationis populi viritim habeant, neque prehenſionis, eos Magiſtratus à privato in jus quoque vocari eſt poteſtas.* M. Lævinus, *Ædilis curulis, à privato ad Prætorem in jus eſt eductus.* Ex quibus apparet, tam in *lib.* 2. *ff. de in jus voc.* quàm in *l. nec magiſtratibus* 31. *ff. de injur.* nomen imperii referendum eſſe ad hoc jus vocationis, & prehenſionis, non verò ad mixtum imperium, & modicam coërcitionem.

Digitized by Google

Atque ut hoc uberiùs, & luculentiùs oſtendamus, probandum eſt, minores Magiſtratus habuiſſe mixtum imperium, & modicam aliquam coërcitionem, licèt ſine imperio eſſe dicerentur. Ordiamur à Tribunis plebis. Tribunos plebis ſine imperio fuiſſe, tradit Appius Coſ. apud Livium:
17 & inter Magiſtratus, qui imperium non habent, recenſentur à Gell. *d. lib.* 13. *cap.* 12. & fuiſſe minores Magiſtratus, nemo dubitat, adeò ut quidam dubitaverint, an magiſtratus eſſent. Sed Cicero, harum rerum peritiſſimus, Magiſtratus appellat. Et tamen hos habuiſſe mixtum imperium, & potuiſſe coërcere contumaces, certiſſimum eſt. Nam & mulctam dicebant. Liv. *lib.* 2. *mulctâ temperarunt Tribuni, cum capitis acquiſiſſent: duo millia æris damnato mulctam edixerunt.* Et *lib.* 35. refert à Rutilio Tribuno pleb. C. Claudium Pulcrum, & Tiberium Sempronium Gracchum Cenſores mulctatos fuiſſe. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Addidit L. Piſo, deſignatus Coſ. ne quid intra domum pro poteſtate animadverterent: neve mulctam ab iis dictam Quæſtores ærarii in publicas tabulas ante quatuor menſes referrent: medio temporis contradicere liceret, deque eo Conſules ſtatuerent.* Et in carcerem duci jubebant, adeò ut nonnullos ex Conſulibus in carcerem conjecerint, ut teſtatur Appian. *lib.* 4. *bell. civil.* Et ſanè C. Curiatius, Tribunus pleb. Publ. Scipionem Coſ. in vincula conjecit, teſte M. Tullio *lib.* 3. *de legib.* Metellus Coſ. à L. Flacco, Trib. plebis, in vincula conjectus, teſte Dione *lib.* 37. Prætereà P. Sempronius Appium Claudium Cenſorem, Trebonius Catonem duci juſſit. Igitur ſine imperio eſſe dicebantur, non quia nullum haberent imperium; ſed quia deerat ipſis aliquid ad ſummum imperium, nempè jus vocationis.

Veniamus ad Ædiles. Erant hi minores magiſtratus, & quidem paulò amplius, quam privati, ut de ſe ipſo fatetur Cicero *action.* 2. *in Verr.* Ædiles potuiſſe in jus vocari, autoritate Varronis, & exemplo M.
18 Lævini, Ædilis curulis, confirmat Gellius loco laudato. Itaque Ædiles recenſendi ſunt in numero eorum, qui ſine imperio, & poteſtate eſſe dicuntur in *l. nec magiſtratibus* 32. *ff. de injur.* Et tamen Ædiles habebant mixtum imperium, & modicam coërcitionem.

Primùm enim poterant pignora capere, & mulctam dicere. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Cohibita arctiùs Ædilium poteſtas, ſtatutumque, quantum curules, quantum plebeii pignoris caperent.* De mulcta Papinianus in *l.* 1. §. 1. *ff. de via public. & ſi quid in ea: Si autem non emundaverint, neque conſtruxerint, mulctent eos.* Quò pertinet illud Taciti *l.* 3. *Annal. Fraude mancipum, & incuriâ magiſtratuum plurima per Italiam itinera interrupta.* Imò non ſolùm Ædiles 19
ſed etiam Curatores viarum mulctare poterant, iiſque in dena millia mulcta permittebatur Senatuſconſulto, quod extat apud Frontinum *lib.* 2. *de aquaduct.* Liv. *lib.* 10. *refert*, Cn. & Q. Ogulnios, Ædiles curules, mulctatis bonis fœneratorum, ænea in Capitolio limina, & trium menſarum argentea vaſa poſuiſſe in cella Jovis. Et *ab Ædilibus plebeiis*, L. Pæto, *& C. Fulvio Curvo ex mulctaticia pecunia, quam exegerunt pecuariis damnatis, ludi facti, & aurea ad Cæſaris poſita.* Et rurſus: *Damnati ab Ædilibus, quia plus, quàm quod lege finitum erat, agri poſſiderent.* Id. *lib.* 48. refert, frumentarios pecuniâ ab Ædilibus damnatos ob annonam compreſſam. Gell. *lib.* 10. *cap.* 6. *Appii Cæci filia, quòd locuta eſſet petulantiùs, Ædiles plebis mulctam dixerunt æris gravis* XXV. *millia.*

Sed & aliis modis coërcebant noxios cives. Nam & iniquas menſuras frangebant. *l. item quæritur* 13. §. *ſi quis menſuras ff. locat.* Et concidere poterant, ſi quid in via 20
publica poſitum eſſet impedimento. *l. lectos* 12. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Et merces improbas jactabant. Eleganter Plaut. in *Rudente:*

Ita ſolet Neptunus: quamvis faſtidioſus Ædilis eſt.

Si quæ improba ſunt merces, jactat omnes.

Sed & graviùs aliquando coërcebant. Liv.

Digitized by Google

lib. 35. *Ædiles plebis aliquot matronas accuſarunt, quaſdam ex eis damnatas in exilium egerunt.* Probabile tamen eſt, hoc non propria autoritate effeciſſe.

Superſunt Quæſtores, qui erant infimus Romæ Magiſtratus, & primus ad honores aſcenſus. *l.* 1. *ff. de offic. Quæſtor.* Hos etiam modicam coërcitionem habuiſſe, non eſt
21 ambigendum. Neque enim potuiſſent exigere vectigalia, & publicam pecuniam, ſi non habuiſſent jus coërcendi contumaces, argumento text. in *l. ſacrilegi* 9. *in fin. ff. ad leg. Jul. peculat.* in *l. vectigalia* 10. *in fin. ff. de publican.* Tacit. *lib.* 13. *Annal. Helvidius Priſcus, Tribunus pleb. adversùs Obultronium Sabinum, ærarii Quæſtorem, contentiones proprias exercuit, tamquam jus haſtæ adversus inopes inclementer ageret.* Capiebant igitur Quæſtores pignora à pauperibus, qui non ſolvebant, & ſub haſta vendebant. De Balbo Quæſtore multa infanda narrat Ciceroni Aſinius Pollio inter ejus Epiſtolas 32. *lib.* 10. Sed hic non erat Quæſtor urbanus, & poteſtate magiſtratus abutebatur. Planè cùm Auguſtus ærarii militaris curam tribuit Prætoriis, (quos Tacitus Prætores ærarii vocat, Quæſtoribus ſubrogatos) duos eis lictores dedit, & alios miniſtros. Teſtatur tamen Dio *lib.* 55. ſuâ ætate ab Imperatore legi ſolitos, nec lictores habere. In locum Quæſtorum ſucceſſerunt Præfecti ærario: Gell. *lib.* 13. *cap.* 23. *in fin.* Tacit. *lib.* 13. *Annal.* quorum officium maximum erat. Plin. *Panegyr. ad Trajan. Nondum biennium complevimus in officio laborioſiſſimo, & maximo, cùm tu nobis conſulatum obtuliſti.* & *epiſt.* 10. *lib.* 1. *Diſtringor officio, ut maximo, ſic moleſtiſſimo: ſedeo pro tribunali, ſubnoto libellos* &c. *agere negotium publicum, cognoſcere, judicare, promere, & exercere juſtitiam.* Tacit. *lib.* 13. *Annal. Tunc Claudius Quæſtores rurſus impoſuit, iiſque, ne metu offenſionum ſegnius conſulerent, extra ordinem honores permiſit. Sed deerat robur ætatis eum primum magiſtratum capeſſentibus. Igitur Nero Prætura à perfunctos, & experientiâ probatos delegit.* Vices hoc maximum officium fuiſſe, & omni ratione quæſitam huic magiſtratui autoritatem. Quapropter ineptè quis dubitaverit hunc magiſtratum habuiſſe mixtum imperium, præſertim quia graviſſimas controverſias, cauſaſque judicabat. *l. edicto l. Senatus. l. Arrianus ff. de jure fiſci l. cùm quidam ff. de his, quæ ut indign. l.* 4. *§. ſi bona ff. de fideic. libert. l. cùm hi* 8. *§. tranſactiones ff. de tranſaction.*

De Magiſtratibus quoque extraordinariis dubitandum non eſt: ut de Præfecto vigi- 22
lum conſtat ex *l.* 3. *ff. de off. Præf. vigil.* ex *l. cùm ſervus* 15. *ff. de condict. cauſ. dat.* De Præfecto annonæ ex *l. mulierem* 15. *ff. de accuſat.* & ex iis, quæ ſuprà diximus de Ædilibus.

Hactenùs de Magiſtratibus urbanis. Superſunt Magiſtratus municipales, qui ſecundo loco opponuntur, quaſi mixtum imperium non haberent. Ego tamen contra- 23
rium verius puto, quod ut evidenter demonſtrem, præmittendum eſt, non in omnibus municipiis, & coloniis eoſdem fuiſſe magiſtratus, ſed alibi alios.

Ubique ferè locorum magiſtratum gerebant Duumviri, qui ad ſimilitudinem Conſulum conſtituebantur. Quamobrem horum ſæpiſſimè mentio fit in jure noſtro, ut in *l. fin. C. de judic.* in *l.* 1. *ff. de alb. ſcrib. l. honores* 7. *§. is qui ff. de decret. ab ord. fac. l.* 1. *§. ult. ff. de mag. conv. l.* 3. *§ ult. ff. de pecul. l. item eorum* §. 1. *ff. quòd cujuſ-* 24
que univerſitatis l. 1. *ff. ſi quis jus dic. non obtemp. l. injuriarum* §. *idem Labeo ff. de injur. l. ult. ff. ad municip. l. in honorariis § ult. ff. de action. & oblig. & paſſim.* Alicubi tamen erant Quatuorviri, ad quos Alexander Imperator mittit reſcriptum in *l. unic. C. de ſolut. & liberat. debitor. civit. lib.* 11. Cicer. *Epiſt.* 32. *lib.* 10. *Quatuorviratum ſibi prorogavit.*

Plures alios magiſtratus nominat Spartian. in Hadriano: *In Etruria Præturam Imperator egit. Per Latina oppida Dictator, & Ædilis, & Duumvir fuit. Apud Neapolim Demarchus: in patria ſua Quinquennalis: & item Adria Quinquennalis, quaſi in alia patria: & Athenis Archon fuit.*

Alexandriæ loco Duumvirorum erat Juri-

Digitized by Google

dicus, de quo in *tit. C. de offic. Jurid. Alexan.* & alibi paſſim.

In pleriſque tamen municipiis magiſtratum gerebant aut Duumviri, aut Ædiles. Cic. *lib.* 13. *epiſt.* 11. *Conſtituendi municipii causâ hoc anno Ædilem filium meum fieri volui,* &c. *Is enim magiſtratus in noſtro municipio, nec alius ullus creari ſolet.* Et Ædilium ſæpè mentio apud veteres. Tuſculi tamen Conſul creabatur. Sidicini, & Ferenti Quæſtor.

Sed hi Magiſtratus non tam poteſtate, quàm nomine inter ſe diſcrepabant. Etſi enim non omnium una eademque eſſet poteſtas, & autoritas; tamen cùm omnes ſuæ civitati præeſſent, & ad eos ſumma rerum rediret; ſine imperio, & coërcendi poteſtate
25 eſſe non poterant. Itaque imperii habebant inſignia. Apul. *lib.* 1. *Mileſiar. Nam & lixas, & virgas, & habitum prorſus Magiſtratui convenientem in te video. Annonam curamus, ait, & Ædiles gerimus.* Cic. *in orat. in Rullum*: *Nam primum, cum ceteris in coloniis Duumviri appellentur; hi ſe Prætores appellari volebant. Deinde anteibant lictores non cum bacillis, ſed ut hic Prætoribus anteunt, cum faſcibus duobus.* Irridet Campanam ſuperbiam. Hoc tamen poſteà Duumviris conceſſum. Petronius de Sexviro Auguſtali: *Et quod præcipuè miratus ſum, in poſtibus triclinii faſces erant cum ſecuribus fixi.* Theodoſius in *l. duumvirum C. de decur. Duumvirum impunè non liceat extollere poteſtatem faſcium extra metas territorii propriæ civitatis.* Quorſum lixæ ac lictores, ſi non habet vocationem aut prehenſionem? Certè Magiſtratus, qui neque vocationem, neque prehenſionem habebant, nec lictorem, nec viatorem habebant. Quorſum faſces, ſi non poteſt caſtigare, & verberare? Quorſum prohibetur extollere extra metas territorii, ſi non ſunt inſigne imperii? Et animadvertendum eſt, Imperatorem non nominare faſces; ſed poteſtatem faſcium. Poteſtatis nomen
26 indicat imperium. *l.* 1. *ff. ſi quis jus dic. non obtemper. l.* 2. *&* 3. *ff. ne vis fiat ei l.* 3. *ff. de juriſd. l. nemo poteſt ff. de reg. jur.* Rectè igitur Juvenalis hos Magiſtratus appellavit *Poteſtates.*

An Fidenarum, Gabiorumque eſſe Poteſtas. 27
Poteſtates autem ſunt magiſtratus, qui habent Imperium. *l. fidejuſſor.* 26. *in princ. ff. de pignor. l. quid ſit fugitivus* §. *pen. ff. de ædil. edict.* Cic. 3. *de legib. Si par, majorve poteſtas, populuſve prohibeſcit.* Aſcon. Pedian. *in* 4. *in Verr Romæ appellari Tribuni poſſunt contra omnem poteſtatem.* Sueton. *in Cæſar. Quod compellari apud ſe majorem poteſtatem paſſus eſſet.* Et in *Claudio*: *Juriſdictionem de fideicommiſſis in perpetuum, atque etiam per provincias Poteſtatibus delegavit.* Et ſanè ita ſe res habebat; nam hi magiſtratus habebant poteſtatem in vincula conjiciendi, & verberandi. Vellej. Paterc. *lib.* 2. XIX. *Marius injecto in collum loro, in carcerem Minturnenſium juſſu Duumviri perductus eſt. In Act.* 28
Apoſtol. cap. 16. traditum eſt D. Paulum, & Silam à Magiſtratibus Philippenſium in vincula conjectos, & virgis cæſos fuiſſe. Calliſtratus in *l. eos* 12. *ff. de Decurion. Sed ne quidem arceantur honoribus, qui ab Ædilibus flagellis cæſi ſunt: quanquam jure ſuo ita Ædiles officio iſto fungantur: inhoneſtum tamen puto eſſe, hujuſmodi pœnas flagellorum ictibus ſubjectas in ordinem recipi.* Erat enim atrox coërcitio flagellorum verberatio. *l. Sed* 29
ſicut in fin. ff. de uſufr. l. Prætor edixit §. *præterea ff. de injur. l. ſed ſi hac lege* §. *pen. ff. de in jus vocand.* Si igitur Ædiles habebant poteſtatem atrociter verberandi, multò magis poterant modicè coërcere: hoc enim jus atrociter verberandi nec legatus quidem Proconſulis habebat. *l. Si quid erit ff. de offic. Proconſ.*

Illud notius eſt, Magiſtratus municipales habuiſſe poteſtatem coërcendi ſervos, eoſque in vincula conjiciendi, *l. Si quis uxori* §. *qui fugitivum ff. de furt.* & caſtigandi. *l. Magiſtratibus* 12. *ff. de juriſd. l. item apud* 30
Labeonem §. *unde* 39. *ff. de injur.*

Poterant & pignora capere. *l. quemadmodum* 29. §. *Magiſtratus ff. ad leg. Aquil.* Et 31
captis pignoribus tutores coërcebant, & ad ſatiſdandum compellebant. *l.* 3. §. 1. *ff. de reb. eor.* §. *quibus Inſtit. tit. de ſatiſd. tutor.*

De mulcta major eſſe poteſt controverſia. Sed non abſurdè tentari poteſt, etiam mulctam

tam

ram dicere potuiſſe; ex *l. aliud fraus* 151. *in fin. ff. de V. S.* Ibi: *Mulctam dicere poteſt*
32 *is, cui judicatio data eſt. Magiſtratus ſolos, & præſides provinciarum poſſe mulctam dicere mandatis permiſſum eſt.* Tria hîc genera perſonarum continentur. Primùm illi, quibus judicatio data eſt. Hi ſunt Magiſtratus urbani, *l. 2. §. ult. ff. de judic.* qui eam non habebant ſpecialiter permiſſu Principis, ſed Conſules eam habuerunt ab initio: alii verò Magiſtratus à lege, lata à Coſſ. A. Aterino & Sp. Tarpeio, ut refert Dionyſ. Halicarn. *lib.* 10. Secundo loco nominantur Magiſtratus: tertio Præſides. Qui ſunt iſti Magiſtratus? nempè Magiſtratus municipales, quibus mandatis Principum ſpecialiter mulctæ dictio permiſſa fuit. Quidam interpretantur id de Magiſtratibus urbanis. Huic interpretationi multa repugnant. Primum, quòd Magiſtratus urbani continentur in verbis antecedentibus, ut diximus. Prætereà, quia opponuntur inter ſe illi, qui habent mulctæ dictionem eâ de cauſa, quia illis judicatio publicè data eſt, illis, quibus id ſpecialiter permiſſum eſt. *l. 2. in fin. ff. de judic.* Ergo in hac lege nomine Magiſtratuum non poſſunt intelligi Magiſtratus urbani: nam illi ideò mulctam dicere poſſunt, quia ipſis publicè judicium eſt, ſeu judicatio data eſt:
33 hi verò ideò, quia mandatis Principum id permiſſum eſt. Denique Magiſtratus urbani non habebant mulctæ dictionem, ex mandatis Principum, ſed more majorum, teſte
34 *Gell. lib. 1. cap. 1.* Eam enim habebant etiam ante Imperatores: mulctæ enim mentio fit etiam in legibus Valerii Publicolæ, primi Conſulis. Vide Plutarch. in ejus vita: & tantùm abeſt, ut ipſis data fuerit ab Imperatoribus, quin potiùs ab ipſis cohibita fuit, & certus modus conſtitutus, quem prætergredi non poterant: ut de Ædilibus tam curulibus, quam plebis ſuprà probavimus autoritate Cornelii Taciti.

Contrà, quod nomen magiſtratûs in lege noſtrâ referendum ſit ad Magiſtratus municipales, hæc ſuadere videntur. Primum, quod ait, *Magiſtratus ſolos.* Fruſtrà appoſita eſſet adjectio illa *ſolos*, ſi referretur ad urbanos: cùm enim dixerit, eos habere mulctæ dictionem, quibus judicatio data eſt, utique hi ſunt ſoli magiſtratus. Cùm igitur poſt ur- 35
banos progredi vellet ad provinciales, ſtatuit ſolos Magiſtratus, & Præſides poſſe mulctam dicere, ut excluderet Decuriones, Suſceptores, Curatores calendarii, Curatores annonæ, Syndicos, & alia officia municipalia, quæ non erant magiſtratûs; & ideò mulctam dicere non poterant. Prætereà magiſtratûs nomine ſæpenumero Magiſtratus municipales intelliguntur in jure noſtro. Extat in 36
Pandectis titulus de Magiſtratibus conveniendis. Sunt autem hi Magiſtratus municipales: nam Prætor, & Præfectus eâ de cauſa conveniri non poterant. *l. 1. § neque prætor ff. de Magiſt. conven.* Præſertim quoties agitur de reſcripto, ac mandato Principis, quia Magiſtratibus provincialibus reſcribere ſolebant; *l. ult. ff. de tutor. & curat. dat.* aut quoties nomen Magiſtratûs conjungitur cum nomine Præſidis, ne conjungantur duo diverſi generis. *l. 1. §. Si Præſes ff. de Magiſtr.* 37
conven. l. tutores ff. de confirm. tutor. Denique juriſdictionem, ac poteſtatem, quam Magiſtratus urbani more obtinebant, Magiſtratus provinciales habebant à lege & conſtitutionibus. *l. cum Prætor. §. 1. ff. de judic. l. ſed etſi §. ait Prætor. ff. ex quibus cauſ. maj.* juncta *l. pars litterarum* 48. *ff. de judic.* Itaque cùm hîc agatur de poteſtate, competente ex mandatis Principum, dubio procul ea referenda eſt potiùs ad Magiſtratus, qui erant in provinciis, quàm ad eos, qui Romæ erant.

Sed utcumque ſit, etiamſi Magiſtratibus municipalibus non fuiſſet permiſſum mulctam dicere, tamen aliis modis coërcere poterant, ut demonſtravimus. Quibus addimus, quòd 38
ſicut Ædiles urbani poterant frangere menſuras iniquas, ita id permiſſum Ædilibus municipiorum. Perſ. Satyr. 1.

Fregerit heminas Arreti Ædilis iniquas.

Juven. Satyr. 10.

—— *Vaſa minora.*

Frangere pannoſus vacuis Ædilis Ulubris.

Sed & Defenſores civitatum, qui erant minores Magiſtratus, quàm Duumviri, tamen

poterant coërcere. *l. neminem* 11. *C. de epiſcop.*
39 *audient. Authent. de defenſor. civit.* §. *audient. Audient verò leviora crimina*, *& caſtigationi competenti tradent.* En coërcitio modica.

De Juridico Alexandriæ dubitari non poteſt, cùm majorem poteſtatem haberet, quàm Duumviri, quia hi ab ordine Decurionum, ille à Cæſare eligebatur, & ideò maximam in judiciis poteſtatem habebat,
40 ut ait Strabo *lib.* 17. *Geograph.* Ubi etiam notat omnes cauſas eum judicaſſe, quod non licebat Duumviris.

Conſtat igitur, etiam Magiſtratus municipales habuiſſe mixtum imperium. Quamobrem nullius momenti ſunt, quæ contrà opponuntur. In *l. ea quæ ff. ad municipal.* rectè ait JC. *ea*, *quæ magis imperii ſunt*, *quàm juriſdictionis*, *fieri non poſſe à Magiſtratibus municipalibus.* Etenim ea dicuntur eſſe magis imperii, quàm juriſdictionis, quæ peraguntur apud Magiſtratus, qui cum imperio ſunt: hoc eſt apud majores Magiſtratus, penès quos legis actio eſt, & impe-
41 rium. Imperii nomen non ſemper ſignificat mixtum Imperium: veteres enim cùm Imperium mixtum ſignificare volunt, ſolent id proferre cum adjuncto. Quemadmodum igitur ſuprà probavimus, imperii nomen ſignificat majorem poteſtatem, ſummum jus, excellentem juriſdictionem, quam habent majores Magiſtratus, ut in *l. etſi* 3. *ff. de offic. ejus l. cùm Prætor* §. 1. *ff. de judic. l.* 3. *in fin. ff. de recept. arbitr. l.* 3. *ff. de off. ejus*, *cui mand. eſt juriſd.* & aliis ſuprà laudatis. In *l. ea quæ ff. ad municip.* imperii nomen non poteſt ſignificare modicam coërcitionem, quia reſtitutio in integrum, prætoria ſtipulatio, & hujus generis reliqua, quæ magis imperii ſunt, quàm juriſdictionis, *d. l. ea quæ* §. 1. *& l. jubere* 4. *ff. de juriſdict.* non pertinent ad coërcitionem contumacis. Pertinent tamen ad excellentem juriſdictionem, & eminentem poteſtatem, quam habent magiſtratus, qui cum imperio ſunt: & ideò dicuntur eſſe magis imperii, quam juriſdictionis. Spectant enim ad eum magiſtratum, qui habet imperium, non ad eum, qui habet juriſdictionem, & ſine imperio eſt. Qui autem magiſtratus cum imperio, & qui ſine imperio eſſe dicantur, ſuprà expoſitum eſt ſatis luculentè.

In *l.* 1. *ff. Si quis jus dic. non obtemper.* non agitur de mulctâ, ſed de pœnali judicio. Aliud eſt mulcta: aliud pœnale judicium, 42
ut adnotarunt omnes eruditi. Mulctam dicit Magiſtratus contra contumacem, non obtemperantem ſuæ juriſdictioni, & exigitur à Magiſtratu ipſo, & fiſco vindicatur. *l. ult. C. de mod. mulct.* Pœnale judicium eſt actio, quæ datur litiganti, hoc eſt, ei, cujus intereſt non fuiſſe obtemperatum jus dicenti, ad vindicandam contemptam majeſtatem Magiſtratûs, & ejus imperium: neque enim datur contra eum, qui quandocumque detrectavit parere magiſtratui, ejuſque juriſdictioni, ſed ſolùm contra eum, qui contempſit ejus imperium in fine juriſdictionis: hoc eſt, qui reluctatus eſt imperio, & coërcitioni magiſtratûs. Neque ſtatuitur pro arbitrio magiſtratûs, ſed condemnatur contumax actori, quanti ea res eſt. *d. l.* 1. *ff. ſi quis jus dic.* Plura non addo: doctiſſimè enim, ac luculentiſſimè hæc exponuntur à Duar. diſp. *lib.* 1. *cap.* 50. *Bellon. de mand. juriſd. c.* 8. *quæſt.* 19. Illud tantùm dico: mulctam dici ad tuendam juriſdictionem: hoc judicium potiùs dari ad tuendum mixtum imperium: ideò faciliùs mulctæ dictio conceditur; quia juriſdictio nulla eſt ſine modicâ coërcitione. *l. ult. in fin. ff. de offic. ejus*, &c.

CAPUT V.

AD L. IN PRIVATIS 77. *ff. de Judic.*

SUMMARIUM.

1 *Proponuntur duæ leges, quæ contraria putantur.*
2 *Negotium quid ſignificet in jure?*
3 *Judicia privata, & publica, quæ?*
4 *Pater filium, & filius patrem judicem habere poteſt in privatis, non in publicis judiciis.*
5 *Majus periculum imminet patre judicante in cauſa filii, quàm eo jus dicente.*
6 *Judicandi, ſicut juris dicundi, officium publicum eſt.*
7 *Quoad jus publicum, filius non ſequitur jus patriæ poteſtatis.*
8 *Filius poteſt arbiter eſſe de re patris.*
9 *Arbiter conventione litigantium eligitur.*
10 *Judices ex conſenſu dabantur.*
11 *Prætor judices ſeligebat, & in albo nomina eorum*

ſcribebat, & jurabat ſe optimum quemque ſeligere. n. 12.

12 *Judicia interdum penes Senatum, interdum penes ordinem equeſtrem, interdum penes utrumque fuere.*

13 *Litigantes judicem non ſeligebant, ſed datum rejicere poterant. & n.* 16.

14 *Si actor judicem ferret, reus refugere poterat, & ejerare ſibi iniquum eſſe.*

15 *Si non refugiebat, judex ex conſenſu datus dicebatur.*

17 *Non poterat rejici judicio jam inchoato.*

18 *In cauſis criminalibus quomodo liceret judicem rejicere.*

19 *Sibi imputare debet, qui judicem accepit patrem, aut filium, cum poſſet rejicere.*

IN *l. qui juriſdictioni* 10. *ff. de juriſd. omn.*
1 *jud.* ait Ulpianus: *Qui juriſdictioni præeſt, neque ſibi jus dicere debet, neque uxori, vel liberis ſuis, neque libertis, vel cateris, quos ſecum habet.* Contrà Africanus in *l. in privatis* 77. *ff. de judic. In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere poteſt.*

Contraria exiſtimantur hæc duo reſponſa: ſed non ſunt. Primùm autem diſputant interpretes, quæ ſint privata negotia. Privata negotia ſunt privatæ controverſiæ, de quibus
2 privata judicia peraguntur. Negotium enim pro quæſtione, controverſiâ, lite, ſæpenumero uſurpatur in jure noſtro, ut in *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fiſc. in l. eumdem* 16. §. 1. *ff. de legation.* Hinc negotium facere alicui dicitur, qui eum litibus vexat. *l.* 1. *ff. de calumniat. l.* 5. *ff. de obſequiis parent. l.* 6. *C. de teſtib.*

Privata igitur negotia ſunt privatæ controverſiæ: undè & privata judicia dicuntur, in quibus illæ agitantur. Cicer. *lib.* 1. *de Orator. Nam volare in foro: hærere in Prætorum tribunalibus: judicia privata magnarum rerum obire.* Et in *Topic. Privata judicia maximarum quidem rerum in Jureconſultorum mihi videntur eſſe prudentia.* Gell. *lib.* 14.
3 *cap.* 2. *Quo primum tempore à Prætoribus lectus ſum in judices, ut judicia, quæ appellantur privata, ſuſciperem.* Judicia igitur privata erant, in quibus Prætor judicem dabat, in quibus privata negotia diſceptabantur. Ratione muneris, & ratione judicantis omne judicium publicum eſt. *l. quippe* 78. *ff. de judic. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Ratione negotii, & controverſiæ, de qua diſceptatur, alia ſunt judicia privata, alia publica. §. *publicorum Inſtit. tit. de public. judic.* Igitur in privatis judiciis pater filium, vel filius pa- 4
trem judicem habere poteſt: non in publicis, in quibus de capite, aut exiſtimatione alicujus quæritur. Eſſet enim inhumanum, & omninò non tolerandum, filium à Patre, aut Patrem à filio torqueri, catenis vinciri, verberibus ſubjici, ſupplicio affici, ut notant Græci interpretes.

His expoſitis, ſupereſt alia quæſtio explicanda. Quid rei ſit, cur Pater in cauſa filii, filius in cauſa Patris judex eſſe poſſit, non poſſit autem jus dicere. Non ſunt hæc contraria. Aliud enim eſt judicare, aliud jus dicere, ut norunt omnes. *l. voluit* 4 §. *ult. ff. de interrogation. l. quidam* 57. *ff. de re judic. rubric. C. ne quis in ſua cauſ. jud. vel jus dicat.* Sed tamen, ſi Patri non permittitur jus dicere in cauſa filii, quid eſt, quod judicare pariter non prohibetur? Majus enim periculum imminere 5
videtur, ſi judicet, quàm ſi jus dicat. Nec nodum ſolvit Paulus in *l. quippe* 78. *ff. de judic.* ubi eam rationem affert: quia judicandi 6
munus publicum eſt. Hoc enim ſolum efficit, ut in judicando nulla debeat haberi ratio patriæ poteſtatis; nec filius, & pater pro una, eademque perſona ſint habendi, quemadmodum conſiderantur in iis, quæ ad jus privatorum pertinent, *l. ult. in fin. C. de impub. & al. ſubſtit. l. cùm ſcimus* 12. *in fin. C. de agric. & cenſit. lib.* 11. quod & in actionibus exercendis obtinet. *l. ne cum filiofam.* 76. *ff. de furt.* Facit text. in *l.* 2. *in princ. ff. quar. rer. act. non det.* In iis autem, quæ ad jus 7
publicum pertinent, filius non ſequitur jus patriæ poteſtatis, *l. nam quod* 14. *ff. ad SC. Trebell.* & loco patrisfam. habetur. *l. filiusfam.* 9. *ff. de his, qui ſunt ſui, vel alien. jur. l. item eorum* 6. *ff. quod cujuſque univerſit. l.* 2. *ff. de muner. & honor.* Romani enim potiorem voluerunt eſſe cauſam Reip. quàm patriæ poteſtatis. *l. honor.* 14. §. *plebeji ff. de muner. & hon. l. poſtliminium* 19. §. *filius quoque ff. de capt. & poſtlim.* Antiquius enim eſt, ut patriæ quis naſcatur, cui nati ſunt & ipſi parentes. *l.* 1. §. *& generaliter ff. de ventr. in poſſ. mittend.* Cæterum hæc ſcrupulum non

evellunt, quia etiam juris dicendi munus
publicum eſt, *l. ille à quo* 13. *in fin. cum ſeq.*
ff. ad SC. Trebell. & tamen Pater filio jus di-
cere non debet. *l. qui juriſdictioni ff. de juriſd.*

Puto rationem eruendam eſſe ex *l. quin*
8 *etiam* 6. *ff. de recept. arbitr. Quin etiam de*
re Patris dicitur filiumfam. arbitrum eſſe: nam
& judicem eum eſſe poſſe pleriſque placet. Quæ
verba mutuatus eſt Gratian. *in c.* 2. §. *filius.*
3. *quæſt.* 7. Comparantur hîc arbiter ex com-
promiſſo, & judex. Non dubitatur autem,
filium in cauſa patris ideò arbitrum eſſe poſſe,
quia arbiter conventione, conſenſuque utri-
9 uſque litigantis eligitur, ſibique debet im-
putare, qui conſentit in Patrem, aut filium.
l. diem §. *ſtari ff. de recept. arbitr.* Igitur ea-
dem ratio urgeat in judice, neceſſe eſt, quo-
niam alterum alteri exemplum præſtat, & ab
altero ad alterum ducitur argumentum.

Et ſanè ita ſe res habet. Cicer. *in orat. pro*
Cluent. Neminem voluerunt majores noſtri,
non modò de exiſtimatione cujuſquam, ſed
ne pecuniariâ quidem de re minimâ, eſſe ju-
dicem, niſi qui inter adverſarios conveniſſet.
10 Valer. Max. *lib.* 2. *cap.* 8. *Itaque judex inter*
eos convenit Attilius Calatinus, apud quem
Valerius in hunc modum egit. Sed ne quis
credat, judices electos fuiſſe à litigantibus,
ſicut arbitri ex compromiſſo eligebantur,
adeò ut in his nullæ eſſent partes Prætoris,
l. 3. §. *tametſi ff. de rec. arbit.* tota res accu-
ratiùs eſt explicanda.

Prætor judices ſeligebat, qui de privatis
negotiis judicarent. Gell. *lib.* 14. *cap.* 2.
Quo primùm tempore à Prætoribus lectus ſum
in judices, ut judicia, quæ appellantur pri-
11 *vata, ſuſciperem.* Eorum nomina deſcribe-
bat in albo. Senec. *lib.* 3. *de benefic. cap.* 7.
Ubi id de quo ſola ſapientia decernit, in con-
troverſiam incidit, non poteſt ad hac ſumi
judex ex turba ſelectorum, quem cenſus in
album, & equeſtris hereditas miſit. Aliquan-
do enim judicia fuerunt penès Senatores,
plerùmque penès Equites, aliquando penès
12 utroſque. Ex his autem Prætor judices legere
debebat. Damnat hoc Plin. *lib.* 14. *cap.* 1.
Poſteris laxitas mundi, & rerum amplitudo
damno fuit, poſtquam Senator cenſu legi
cœptus, judex fieri cenſu. Jurabat autem
Prætor ſe optimum quemque ſeligere. Cic.
pro Cluent. Deindè Prætores urbani, qui ju-
rati debent optimum quemque in ſelectos judi-
ces reſeırre.

Litigantes judicium, & judicem à Pıæ-
tore poſtulabant. *l. Si quis cum ff. commun.*
divid. Aſcon. *Cum in rem aliquam agerent* 13
litigatores, judicem poſcebant. Cic. *pro Cæcin.*
Cıpit Scandilius recuperatores, aut judicem
poſtulare. Prætor, quem volebat, ex ſelectis
judicem addicebat. Neque enim prætor per-
mittebat actori certum aliquem judicem ſu-
mere, ſed ſolùm concedebat, ut rejiceret.
Quò pertinet illud Ciceronis *lib.* 3. *in Verr.*
Si mehercule ex omni copia conventus Syracu-
ſani, ſplendidiſſimorum, honeſtiſſimorumque
hominum faceres poteſtatem aratori non modò
rejiciendi, ſed etiam ſumendi recuperatores;
tamen hoc novum genus injuriæ ferre nemo
poſſet, te, cùm tuos omnes fructus publicano
tradidiſſes, & rem de manibus amiſiſſes,
tum bona tua repetere, ac perſequi lite, atque
judicio. Huc etiam puto pertinere formulam
illam in addicendo judice, quam refert
Feſt. *in verb. procum. Si alium procas, nive*
eum procas: procare enim eſt poſcere. Non
poterat enim Prætor judicem addicere, quem
altera pars nominatim petiiſſet. *l. obſervan-*
dum ff. de judic.

Verùm enimverò ſolebat aliquando actor,
qui in jus vocabat reum, aut qui provoca-
bat, reo judicem ferre. Liv. *lib.* 8. *Eumque*
tibi exercitus, Senatuſque judicium fugienti,
judicem fero. Et *lib.* 9. *Quem tibi tuarum*
irarum, quem meorum ſuppliciorum judicem
feram. Poterat tamen reus refugere, & re- 14
jicere judicem, quem ferebat actor. Cic.
pro Q. Roſc. Quem ſi ferrem judicem, refu-
gere non deberet, quomodò teſtem productum
reprehendere audebit? Id. 12. *de Orator. Cùm*
ei M. Flaccus, multis probris objectis, P.
Mucium judicem tuliſſet, Ejero, inquit,
iniquus eſt: Cùm eſſet admurmuratum, Ah!
inquit, P. C. non ego illum mihi iniquum
ejero, verum omnibus. Qui judicem rejicie-
bat, iniquum ſibi ejerabat: non quòd
eum iniquum aut injuſtum eſſe diceret, ſed

Digitized by Google

quòd æquo jure apud eum diſceptare non poſſet. Cic. *de petit. conſulat. Vocem audivimus jurantis, ſe Romæ judicio æquo cum homine Græco certare non poſſe.*

15 Quòd ſi reus non refugeret judicem, quem ferebat actor, ſed in eum conſentiret, Prætor eum judicem addicebat; iſque ex conſenſu datus, & ex conventione litigatorum addictus dicebatur. Atque ita intelligenda. *l. Si in judicis* 80. *ff. de judic. l. ex conſenſu* 23. *ff. de appellat. l. quidam conſulebat* 57. *ff. de re judic.* Debebat tamen convenire judex unus, ex ſelectis in albo deſcriptus. Quo alludit Plin. *in Præfat. Quid te judicem facis? cùm hanc operam condicerem, non eras in hoc albo. Majorem te ſciebam, quàm ut deſcenſurum huc putarem.*

Si vero judex non conveniſſet: nempè ſi aut actor judicem non ferebat, aut reus eum ſibi iniquum ejerabat: tunc Prætor, quem volebat, ex albo judicem dabat. Licebat tamen litigantibus eum rejicere, & ejerare. Cic. 5. *in Verr. Scandilius poſtulare de conventu recuperatores. Tum iſte negat ſe de exiſtimatione ſua cuiquam,*
16 *niſi ſuis commiſſurum. Negotiatores putant eſſe turpe, id forum ſibi iniquum ejerare, ubi negotientur. Prætor provinciam totam ſibi iniquam ejerat.* Plin. *in Panegyr. ad Trajan. Licet rejicere, licet exclamare: hunc nolo.* & infrà: *Liberum eſt autem diſceptanti dicere: nolo eum eligere: neque enim ullam neceſſitatem muneribus tuis addis.* Et alludit etiam in *Præfat. Præterea eſt quædam publica etiam eruditorum rejectio.* Nec puto neceſſarium fuiſſe cauſam addere: ſatis enim erat ſibi iniquum ejerare.

17 Nec obſtat text. in *l. pariter* 9. *ff. de liber. cauſ.* Nam ibi judicium erat jam cœptum: itaque ſine cauſa non poterat illud evitare, qui eo inchoato ſupervenerat.

18 In cauſis etiam criminalibus fiebat ſortitio, deindè rejectio: mox ſubſortitio, ut luculentè Aſcon. Pedian. *in* 2. *in Verr.* Lex autem Cornelia prohibebat amplius, quàm tres judices, rejicere, teſte Cicerone *in* 2. *in Verr.* Sed hæc ad nos non pertinent.

Jam concludamus. Cùm judex invito non daretur, ſibi imputare debet, ſi quis judi-
19 cem in cauſa filii Patrem accepit. Et ideò rectè JC. in *l. quin etiam* 6. *ff. de recept. arbitr.* ducit argumentum à judice ad arbitrum: non multùm enim hac in re differunt. Magiſtratus autem jus dicit etiam in invitum, & quidem ſine ſpe reſtitutionis. *l. ſed etſi* 26. *§. ait Prætor ff. ex quib. cauſ. major.* Judicis autem dati ſententia appellatione reſcinditur. *l. ult ff. quis & à quo appell.*

CAPUT VI.

Ad §. Prætorum Inſtit. tit. de jur. nat. gent. & civil.

SUMMARIUM.

1 *Lex populi juſſum, nec niſi à populo condi poterat.*
2 *Quicquid à populo decernebatur, lex dicebatur.*
3 *Legem ferebant Conſul, Prætor, Dictator, Interrex.*
4 *Leges pleraque conſulares: pauca prætoria, & quæ?*
5 *Prætor aliquando in provinciis ex SC. leges dabat.*
6 *Exemplum Edicti Prætorii, legis autoritatis habentis.*
7 *Prætor juris cuſtos, non conditor & n. 10. & 12.*
8 *Prætor poteſt jus conſtituere, non legem condere.*
9 *Prætor legiſlator: explicatur n. 10. & 12. quomodò intelligendum?*
10 *Prætor bello præerat, bellum gerebat, populus indicebat.*
11 *Initio Reip. tam Conſules, quàm Dictator, Prætores appellabantur.*
12 *Legiſlator, qui legem fert, & rogat, etiamſi non ſanciat.*
13 *Nomothetæ apud Græcos, qui?*
14 *Legiſlatores etiam Juriſconſulti appellantur.*
15 *Theophilus explicatur.*
16 *Edictum Prætoris lex annua.*
17 *Athenienſium Senatuſconſ. annua.*
18 *Edictum tranſlatitium.*
19 *Aliquando Prætores aliter, atque edixerant, decernebant.*
20 *Alter Prætor poterat intercedere, & alterius iniquitati occurrere.*
21 *Lex Cornelia quid prohiberet?*
22 *Nova edicta poſt legem Corneliam. & n. 23. & 24.*
24 *Actiones poſt legem Corneliam introducta.*
25 *Senatuſconſultum factum ad coërcendos Prætores.*
26 *Explicatur Aſconius, Prætorum edicta alia perpetua, alia temporaria.*
27 *Quæſtiones perpetuæ, quæ?*
28 *Edicta temporaria, quæ?*
29 *Edictum perpetuum & immutabile ab Adriano.*
30 *Edictum poſt Adrianum lex eſt in genere: non in ſpecie. & n. 31.*
32 *Vim legis non habet.*
33 *Etiam hodiè ex edicto non hæreditas, ſed bonorum poſſeſſio defertur.*
34 *Etiam hodiè valent ipſo jure obligationes, quæ à Prætore impugnantur.*
35 *Juſtinianus naturam & vim ſingularum juris partium non mutavit.*

DE Prætoris juriſdictione, atque autoritate in jure condendo pauca delibabo, de qua in §. *Prætorum Inſtit. tit. de jure nat. gent. & civil.* Hac de re diſputant interpretes noſtri *ad rubr. C. qui admitti*, reique non admodùm obſcuræ denſiſſimas tenebras offundunt. Primùm diſputant, an Prætor poſſet legem condere per prius: deinceps, an poſſet legem condere per poſterius. Inventis his vocibus abſonis, & incultis, rem ſatis expeditam mirum in modum involverunt.

Solum populum Romanum potuiſſe legem condere, ſatis conſtat inter omnes, vel leviter eruditos. Operam perdat, qui hoc
1 probare contendat. Ipſa legis definitio id demonſtrat, à legiſlatore noſtro tradita in §. *lex eſt Inſtit. tit. de jure natur. gent. & civ. Auctor ad Heren. lib. 2. Lege jus eſt id, quod populi juſſu ſancitum eſt. A.* Gell. *lib.* 10. *cap.* 20. ex Atejo Capitone: *Lex eſt generale juſſum populi, aut plebis, rogante magiſtratu.* Boët. *in* Topic. *Lex eſt, quam Populus centuriatis comitiis ſciverit.* Feſt. Pomp. *in Verbo* rogatio: *Quod in omnes homines, reſve po-*
2 *pulus ſcivit, lex eſt.* Adeò autem legis proprium eſt populi juſſum, ut, quicquid per comitia populus juſſiſſet, lex à veteribus appellaretur. Itaque etiam privilegia leges appellabantur. Exempla apud veteres paſſim occurrunt, & teſtatur Gell. *lib.* 10. *cap.* 20. Bellum quoque lege juberi dicebatur, ut paſſim apud Livium: & legem ferre dicebatur, qui reum ad populi judicium vocabat: & adoptiones lege fiebant. Cic. *pro domo ſuâ: ſi quod in cæteris legibus trinundinum eſſe oportet, id in adoptione ſatis eſt trium eſſe horarum, nihil reprehendo.* & reliqua. Gell. *lib.* 5. *cap.* 19. Dio *lib.* 39. *& lib.* 45.

Solus igitur populus legem condebat. Prætor autem legem ferre poterat, & populum rogare. Id ſolummodo permiſſum majoribus
3 Magiſtratibus, nec tamen omnibus. Quatuor tantùm magiſtratus legem ferre poterant: duo ordinarii, Conſul, & Prætor: duo item extraordinarii, Dictator, & Interrex. Itaque Prætor legem ferebat, proponebat, promulgabat; populus condebat: Prætor populum rogabat: populus ſciſcebat. Prætor legi nomen, populus vim, & autoritatem dabat. Dio *lib.* 37. Τῷ δὲ στρατηγῷ, τῷ ἐσηγησάμενῳ αὐτὸν, ἀχθεσθέντες οἱ βουλευταὶ, (ὁ γὰρ Μέτελλος ὁ Νέπως ἦν) ἠθέλησαν τό τε ὄνομα αὐτοῦ ἀπαλεῖψαι ἀπὸ τοῦ νόμου, καὶ ἕτερον ἀντεγγράψαι. *Prætori autem, legem ferenti, infenſi Senatores, (erat enim is Metellus Nepos,) voluerunt & nomen ejus legi detrahere, & aliud inſcribere.* Cic. *in* Rull. *Hic Tribunus plebis lege curiata, quam Prætor ferat, adimit intercedendi poteſtatem.* Quamquam autem legi vim, & autoritatem populus tribueret; tamen, quod lege ſancitum erat, is qui tulerat, ſtatuiſſe dicebatur. Flor. *Epitom.* 97. *Judicia quoque per M. Aurelium Cottam Prætorem ad Equites Romanos tranſlata ſunt.* Factum eſt id lege Aureliâ de judiciis, à M. Aurelio Cotta Prætore lata. Aſcon. Pedian. *Cotta lege ſua judicia inter tres ordines communicavit, Senatores, Equites, Tribunos Ærarios.* Vell. Paterc. *lib.* 2. 32. *Per idem tempus Cotta judicandi munus, quod C. Gracchus ereptum Senatui ad Equites, Sulla ab illis ad Senatum tranſtulerant, æqualiter inter utrumque ordinem partitus eſt.*

Pleræque autem leges erant Conſulares, 4
paucæ admodum Prætoriæ: cujuſmodi fuerunt lex Cæcilia, à Q. Cæcilio Metello, lex Aurelia, à C. Aurelio Cotta; lex Caſſia, à Q. Caſſio; lex Fuſia de comitiis, à Q. Fuſio Caleno, Prætoribus latæ.

Aliquando tamen Prætores in provinciis 5
autoritate à Senatu acceptâ leges condiderunt. Cic. *lib.* 2. *in Verr. Haleſini, cùm haberent inter ſe controverſias de ſenatu cooptando, leges à ſenatu noſtro petiverunt. Decrevit ſenatus honorifico ſenatuſconſ. ut his C. Claudius, Appii filius, Pulcher, Prætor, de ſenatu cooptando leges conſcriberet.* & paulò infrà: *Agrigentini de ſenatu cooptando Scipionis leges antiquas habent.* Et rurſus: *Nam eo quoque colonos P. Rupilius deduxit, legeſque ſimiles de cooptando ſenatu, ac de numero veterum, ac novorum dedit.* At hoc factum ſolummodo in provinciis: & hæ leges potiùs Populi, ac Senatûs, quàm Prætoris eſſe videbantur. *Id.* Cic. *Quas enim leges ſociis, amiciſque dat is, qui habet imperium à po-*

Digitized by Google

pulo Rom. autoritatem legum dandarum à ſenatu; hæ debent & populi R. & ſenatûs exiſtimari.

6 Romæ quoque Marius Gratidianus Prætor de re nummaria è Roſtris edixit. Hoc edictum à Plinio lex appellatur. In *lib.* 33. *cap.* 9. *in fin. Igitur ars facta denarios probare, tam jucunda lege plebi, ut Mario Gratidiano vicatim totas ſtatuas dicaverit.* Sed hoc non fuit propriè edictum Prætorium, ſed à tribunis plebis, adhibito collegio Prætorum communi conſenſu conſcriptum. Et cùm conſtituiſſent, ut omnes ſimul in roſtra poſt meridiem conſcenderent, Marius, ut collegis, & Tribunis plebis gratiam popularem præriperet, rectà conſcendit in roſtra, &, quod communiter compoſitum fuit, ſolus edixit. Et tanto populi conſenſu, atque approbatione fuit exceptum, ut omnibus vicis ſtatuæ factæ fuerint. Cic. *lib.* 3. *de offic.* Acceſſit igitur Populi autoritas, & totius collegii Prætorum, & Tribunorum plebis conſenſus, neque illud edictum ſolâ Gratidiani Prætoris autoritate nitebatur.

Non poterat igitur Prætor legem condere.

7 Quapropter Cicero, qui ſuas leges Reip. Rom. accommodavit, eum juris civilis cuſtodem facit, non conditorem: *Qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætor eſto: juris civilis cuſtos eſto.* Contrarium tamen innuere videtur Hiſtoricus: *Penès quem Magiſtratum omnis Publici, privatique juris poteſtas eſſet, ut & novum jus conſtituere, & vetera abrogare facultas eſſet.*

Sed animadvertendum eſt, aliud eſſe legem condere, aliud jus conſtituere. Juris nomen comprehendit etiam Prætoris edicta, quæ jus prætorium, ſeu jus honorarium appellabantur. *l.* 2. §. *eodem tempore ff. de orig. jur. l. jus autem civile* §. *ult. ff. de juſt. & jur. l. jus pluribus ff. eod.* §. *conſtat autem Inſtit. tit. de jure nat. gent. & civil.* Poteſt Prætor jus conſtituere, & abrogare: legem

8 condere, & abrogare non poteſt. *l. cùm ſponſus* §. *ſores talis ff. de Public. in rem action. l. non eſt ambigendum in fin. ff. de bonor. poſſeſſ. l.* 1. §. *ſed ſi Prætor ff. de fer.* Juris nomen latiſſimè patet, præſertim apud veteres rerum Romanarum ſcriptores, qui hæc minus accuratè diſtingunt præ Juriſconſultis. Cic. *in Topic. definit Jus civile, quod ex legibus, Senatuſconſultis, rebus judicatis, juriſperitorum autoritate, edictis magiſtratuum, more, æquitate conſiſtat.* Autor ad Heren. *Conſtat igitur jus ex his partibus: naturâ, lege, conſuetudine, judicato, æquo & bono, pacto.* Lex autem pars, ſeu ſpecies juris eſt. §. *conſtat autem Inſtit. tit. de jure nat. gent. & civil. l. jus autem ff. de juſtit. & jur.* Quòd Prætor poſſit jus conſtituere, non indè efficitur, poſſe legem condere. Leo poteſt generare animal, non tamen poteſt generare hominem.

Sed Hiſtorici teſtimonium niti, & confirmari videtur autoritate Juſtiniani, qui Prætoribus non ſolùm juris, ſed legum etiam poteſtatem tribuit, eoſque Legumlatores appellat. *In novell.* 24. *de Præſide Piſid. in præfat.* ait, veteres Romanos Prætoribus 9
armorum juxta, ac legum poteſtatem feciſſe & paulò poſt: Ἐπιτρέψαντες τε αὐτοῖς ϗ τὰ πολιτικά διοικεῖν, ϗ τὰ περὶ τῶν νόμων γράφειν. *Concedentes ipſis & rem publicam adminiſtrare, & leges ſcribere.* Et in *novell.* 25. *de Prætor.* Lycaon. *in præfat.* ait, veteres Romanos ſuos Imperatores appellaſſe Prætores, eiſque poteſtatem dediſſe, ut exercitus ducerent. Καὶ τοῖς ὑπ' αὐτοῦ γεγραμμένοις ἐπείθοντο νόμοις. *& ſcriptis ab ipſo legibus obtemperabant.* & in *novell.* 26. *de Prætor.* Thrac. *cap.* 1. *Nam ſi Prætor Romanorum, Imperator ſimul, & Legiſlator, hunc locum tenuit in ſuo Magiſtratu.* Στρατηγὸς ἦν ϗ νομοθέτης.

Reſpondetur, quòd, cùm Imperator Juſtinianus in eadem perſona, eodemque magiſtratu conjungere vellet tum rei bellicæ, tum juris civilis adminiſtrationem, voluit confirmare hanc Conſtitutionem exemplo Romanæ Reip. quæ tum Conſulibus olim, tum Prætoribus provinciarum poſteà utrumque conceſſit. Itaque ea omnia referenda ſunt non ad poteſtatem condendæ legis, ſed ad poteſtatem juris dicendi. Ea enim eſt mens Juſtiniani, qui exemplum veterum Romanorum ſequi volens, nihil aliud Prætori concedit, quàm ut jus dicat. Habebant 10
in Romana Rep. Prætores armorum juxta,

ac legum poteſtatem. Eamdem nimirum poteſtatem habebant, quoad arma, quam habebant, quoad leges. Atqui arma quidem tractare poterant, & bella gerere, non tamen poterant bellum indicere. Juſſu populi bellum gerebant. Populus lege curiatâ imperium deferebat Imperatori, ut poſſet bellum gerere. Ipſe bellum juſſu populi adminiſtrabat, prout Reip. putabat expedire. Sic poterant quidem leges à populo conditas tractare, ſupplere, corrigere, mitigare, adjuvare: *l. jus autem civile* §. 1. *ff. de juſtit. & jur.* non tamen poterant leges condere. Sicut bello præerant, tamquam imperatores; ita legibus præerant, tamquam Prætores. *d. novell.* 24. *cap.* 1. ibi: ἡγεῖσθαι, καὶ προσεκλῆσθαι τῶν νόμων. Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat. Prator dictus, qui praeiret jure, & exercitu.* Sicut autem belli inferendi jus non habebant injuſſu populi, ita nec legis condendæ. Quare Juſtinianus non dixit, eos potuiſſe leges ſancire, aut condere; *ſed ea, qua ad leges pertinent, ſcribere.* Τὰ περὶ τῶν νόμων γράφειν. Hæc omnia idem ſignificant: habere legum poteſtatem, poſſe ea, quæ ad leges pertinent, ſcribere: eſſe vivam vocem juris civilis, *l. nam & ipſum ff. de juſt. & jur.* poſſe leges adjuvare, ſupplere, corrigere. *l. jus autem* §. 1. *ff. eod.*

At enim Romani legibus à Prætore ſcriptis parebant. *d. novell.* 25. *cap.* 1. Hoc verò dictum eſt de Conſulibus, ac Dictatoribus, de quibus ibi agit Juſtinianus, qui omnes initio Reip. Rom. Prætores appellabantur.
11 Illi dicti ſunt Prætores: hic Prætor maximus appellabatur. Liv. *lib.* 3. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. Zonar. *tom.* 2. Varr. *lib.* 2. *de vita pop. Rom. apud Non. in voce* conſulum. Feſt. *in voce* Prætoria. M. Tullius, *lib.* 3. *de legib.* Et hoc ſignificat Juſtinianus in *d. Nov.* 25. *in praf.* ubi ait, Prætoris nomen etiam ante Conſules fuiſſe.

Verùm quia nec Conſules condendæ legis poteſtatem habebant, idcircò dicendum eſt, Juſtinianum loqui de illis legibus, quas Conſules ferebant, populumque rogabant.
12 Quemadmodum & in *novell.* 24. *in prafat.* eadem de re agens ait: Καὶ πολὺς νόμος ἐκ τῆς τῶν πραιτώρων ἐξεχύθη φωνῆς. *& multa leges voce Pratoris ferebantur.* Et huc quoque referenda ſunt illa verba *novell.* 26. ubi Prætorem Legiſlatorem appellat. Ferebat enim Legem Prætor, & ideò Legiſlator dici poteſt, ut initio diximus. Cic. *orat.* 4. *in Catilin. Ipſum Latorem legis Sempronia juſſu populi pœnas Reip. dependiſſe. Ad Attic. lib.* 1. *epiſt.* 11. *Piſo autem Conſul, lator rogationis, idem erat diſſuaſor.* Prætor νομοθέτης *nomotheta* appellatur à Juſtiniano. Nomothetæ à Græcis dicebantur etiam illi, qui legem condere non
poterant. Pollux: Νομοθέται δ' ἦσαν χίλιοι, οἷς 13
ἐξῆν λῦσαι παλαιὸν νόμον, ἀλλ' οὐ θεῖναι νέον: τοὺς γὰρ νέους ἐδοκίμαζεν ἡ βουλὴ, καὶ ὁ δῆμος, καὶ τὰ δικαστήρια. *Nomotheta erant mille, quibus veterem legem tollere licebat, non autem novam condere: novas enim leges probabat Senatus, Populus, & Magiſtratus.* Et Ulpian. *in* 3. *Olynthiac.* duo genera nomothetarum recenſet, alterum eorum, qui novas leges ferebant alterum eorum, qui cognoſcebant, an ullæ eſſent leges inter ſe contrariæ, ut eâ de re ad populum referretur.

Atque hæc nomina, etiamſi minùs convenirent Prætoribus, tamen apud Juſtinianum toleranda eſſent, qui minùs accuratè plerùmque loquitur, & qui etiam Juriſconſul- 14
tos Legiſlatores appellat. *l.* 2. §. *ne autem incognitum & l.* 3. §. *ſed & hoc optimum C. de veter. jur. enucl.*

Poſtremò pro Hiſtorici autoritate pugnare videtur Theophilus, qui ait datum fuiſſe jus legis ferendæ præcipuè Prætori urbano, & peregrino, & Ædilibus curulibus, idque jus honorarium dictum.

Sed confundit Theophilus jus legis ferendæ 15
cum poteſtate edicendi. Legem ferre poterat Prætor, non Ædiles. Edictum proponebat non ſolùm Prætor, ſed etiam Ædiles. Jus honorarium non componebant leges, à Prætore latæ: nam hæ erant leges Populi, non jus Prætorium, aut honorarium, jus honorarium conſtabat edictis, tum Prætoriis, tum Æditiis. §. *Pratorum quoque Inſtit. tit. de jur. nat. gent. & civ.* Utrumque confudit Theophilus, &, cùm ſciret Prætorem habuiſſe jus ferendæ legis, hoc jus accommodavit edictis, cùm ſit valdè diverſum. Niſi dicamus, eum leges vocaſſe

vocaſſe edicta : nam & Cenſorum edicta leges Cenſoriæ dicebantur. Cic. 3. *de divin. & 1. in Verr. & in orat. pro Cluent.*

Jam verò videamus, an Prætor poſſet legem condere per poſterius. Occurrit hîc amphibolia in illis verbis, *per poſterius.* Si quærimus, an Prætor poſſet legem condere accedente populi approbatione, hoc eſt, legem ad populum ferre; nulla controverſia eſt, ut initio expoſuimus. Sed tunc à populo, non à Prætore erat legis autoritas.

Si verò quærimus, an edicta Prætoris vim legis haberent, populo approbante, inutilis propè quæſtio eſt. Numquam enim id factum legimus; niſi quis huc referat edictum Gratidiani Prætoris, de quo modo
16 diſſeruimus. Cic. *in action.* 3. *in Verr.* ait, eos, qui plurimùm tribuebant edicto, ipſum dixiſſe legem annuam. Et rurſus: *Si finem edicto afferunt calendæ Januariæ, cur non initium quoque edicti naſcitur à calendis Januariis? an in eum annum progredi nemo poterit, quo Prætor alius futurus eſt; in illum, quo Prætor alius fuit, regredietur?* Edictum igitur Prætoris unius anni finibus circumſcribebatur, & ideò conſtat ipſum non populi autoritate, ſed ſolius Prætoris
17 annui Magiſtratus innixum fuiſſe. Exemplum ab Athenienſibus. Demoſthen. *in oration. adverſus Ariſtocrat.* Ὁ νόμος δ' ἐπέτεια κελεύει τὰ τῆς βουλῆς εἶναι ψηφίσματα. *Lex jubet Senatusconſulta annua eſſe.* Tamdiu enim præerat Senatus Quingentorum. Ulpian. ad hunc locum. Ἀλλ' ἃ μὲν ἡ βουλὴ ἔκυρεν χωρὶς τοῦ δήμου, ἕως ἦρχεν, ἐπεκράτει, καὶ ἦν ὅλως ἐπέτεια. Τὰ δὲ ὑπὸ τοῦ δήμου γιγνόμενα, καὶ πλείονα ἔμενε χρόνον. *Quæ à Senatu ſine populo decreta erant, vim obtinebant quamdiu Senatus Reip. præerat, & erant re verâ annua: quæ verò à populo fiebant, longius tempus durabant.*

Verumtamen cum edicta Prætorum æquitate niterentur, quam ſemper præ oculis in edicendo Prætores habebant, novi Prætores aut nihil omninò, aut admodum pauca de vetere edicto mutabant, & corrigebant. Quò fiebat, ut, cùm quædam, imò pleraque in omnibus edictis diu propoſita fuiſſent, vetuſtate invaleſcerent, & vim conſuetudinis obtinerent. Cic. *de invent. lib.* 2. *In eâ autem* (conſuetudine) *jura ſunt quædam,* 18 *ipſa jam certa propter vetuſtatem: quo in genere & alia ſunt multa, & eorum multò maxima pars, quæ Prætores edicere conſueverunt.* Et hoc dicebatur edictum translatitium, quia ſemper de vetere in novum edictum transferebantur. Cicer. *lib.* 1. *in Verr. Poſteaquam jus prætorium conſtitutum eſt, ſemper hoc jure uſi ſumus. Quare hoc ſit æquiſſimum, facile eſt docere: ſed in re tam uſitatâ ſatis eſt oſtendere, omnes antea jus ita dixiſſe, & hoc vetus edictum, tranſlatitiumque eſſe. Et lib.* 5. *ad Attic. ep.* 21. *Interim cùm ego in edicto tranſlatitio centeſimas me obſervaturum haberem cum anatociſmo anniverſario. Et lib.* 6. *epiſt.* 1. *de reliquo jure dicundo* ἄγραφον *reliqui. Dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum.* Certa enim erant, & uſitata edicta de judicibus dandis, de actionibus, de exceptionibus, & hujus generis reliquis.

Multi tamen, & inter eos quidam viri docti, putant lege Corneliâ, latâ à Cornelio Balbo, Tribuno plebis, ademptam fuiſſe Prætoribus poteſtatem mutandi, & corrigendi vetus edictum. Ex eo tempore fuiſſe ſemper unum, idemque edictum omnium Prætorum; & cùm perpetuum eſſet, & immutabile, vim legis obtinuiſſe. Lata fuit hæc lex Acilio, & Piſone Coſſ. anno urbis 687. Sed falluntur meo judicio. Res autem ita ſe habet.

Improbi, atque ambitioſi Prætores vel ad cogendam pecuniam, vel ad captandam gratiam primùm non omnia edicto complectebantur, ut poſſent pro arbitrio jus dicere, & novum edictum proponere. Præterea aliquando non obſervabant edictum propoſitum, & aliter, atque ut edixerant, decernebant. Hæc omnia reprehendit M. Tullius in Verre. *lib.* 1. *in Verr. Appellat* 19 *heredem L. Anneum, qui erat inſtitutus ſecundùm filiam, dicit, ſe poſſe ei condonare edicto hereditatem.* Et rurſus: *Nam quæſo redite in memoriam, judices, quæ libido iſtius in jure dicendo fuerit, quæ varietas decretorum, quæ nundinatio, quàm inanes de-*

Digitized by Google

mus eorum omnium, qui de jure Civili conſuli ſolent. Et iterum: *Tum verò in Magiſtratu contra illud edictum ſuum ſine ulla religione decernebat. Itaque L. Piſo multos Codices implevit earum rerum, in quibus ita interceſſit: quod iſte aliter, atque ut edixerat,*
20 *decreviſſet.* Nota hic alterum Prætorem intercedere potuiſſe, & occurrere iniquitati Prætoris Urbani. Aſcon. *in* 3. *Verrin.* 101. *Nam ex ipſo negotio videtur edixiſſe Verres, ut omnis libertus non Patrono tantùm, ſed Patroni filiæ ſextam relinquat hæreditatis.*

Hanc edictorum iniquitatem, & improbitatem Prætorum plebiſcito Cornelius Balbus compreſſit, de quo Dio Caſſ. *lib.* 36. *Prætores quomodo jus dicturi eſſent, conſcriptum in albo proponebant, ſed neque omnia comprehendebant, quæ ad contractus pertinent; neque id ſemel faciebant; neque ea, quæ ſcripta propoſuerant, obſervabant: atque id plerumque, ut uſu venire ſolet, in gratiam, vel odium alicujus faciebant. Igitur rogationem tulit, ut ſtatim ſuſcepto magiſtratu edicerent, quomodo jus dicturi eſſent, neque ab his, quæ*
21 *edixiſſent, recederent.* Non prohibetur hâc lege Prætor ſuum edictum proponere: ſed cogitur proponere initio magiſtratûs, & prohibetur ab edicto propoſito recedere, ipſumque mutare. Aſcon. Pedian. *in argumente orat. pro Cornel. de Majeſt. Aliam deindè legem Cornelius, etſi nemo repugnare auſus eſt, multis tamen invitis, tulit, ut Prætores ex edictis ſuis perpetuis jus dicerent: quæ res tum gratiam ambitioſis Prætoribus, qui variè jus dicere ſolebant, ſuſtulit.* Jus dicere coëgit ex edictis ſuis, nempè ex edictis, quæ ipſi initio Magiſtratus propoſuiſſent: idque ad præcludendam viam ambitioſis Prætoribus jus variè dicendi. Igitur hæc lex ſuſtulit eam variationem, ac nundinationem decretorum, quam loco modo laudato M. Tullius acriter inſectatur. Itaque idem Cicero, cùm non multis poſt hanc legem latam annis in Cilicia Proconſ. eſſet, de ſe ipſo narrat Attico *ep.* 21. *lib.* 5. *Interim cùm ego in edicto tranſlatitio centeſimas me obſervaturum haberem, cum anatociſmo anniverſario, ille ex ſyngrapha poſtulabat quaternas. Quid ais, inquam, poſſumne contra meum edictum?* & *lib.* 6. *epiſt.* 1. *Metui, ſi impetraſſet, ne tu ipſe me amare deſineres: nam ab edicto meo receſſiſſem.* Animadvertendum, quòd ſemper ſuum edictum dicit: erat enim à ſe propoſitum, à quo tamen recedere non poterat. Etenim lex Cornelia non prohibebat proprium edictum proponere, & à vetere edicto recedere, ſed recedere à proprio edicto.

Itaque Cicero in edicto hoc ſuo in quibuſdam receſſerat ab edicto Bibuli, multaque mutuatus erat ab edicto Aſiatico Q. Mutii Scævolæ, ut ipſe teſtatur eadem *epiſtola prima lib.* 6. Plin. *epiſt. ult. lib.* 5. refert, Nepotem edictum propoſuiſſe, quo admonebat accuſatores, admonebat reos, executurum ſe, quæ Senatuſconſulto continerentur, & edicto ſubjeciſſe Senatuſconſultum hoc: *Omnes, quic-* 22
quid negotii haberent, jurare priùs, quàm agerent, jubebantur, nihil ſe ob advocationem cuiquam dediſſe, promiſiſſe, caviſſe. Hoc Senatuſconſultum in uſu non erat, ut teſtatur idem Plinius in fine *Epiſtolæ*, Nepos tamen ſe ita jus dicturum edixit Et cùm à multis hoc edictum carperetur, nemo tamen objecit, eum non potuiſſe vetera edicta mutare, & novum edictum proponere. Id. Plin. *Interim totâ civitate Nepotis edictum carpitur, laudatur. Multi: invenimus, qui curva corrigeret. Quid? ante hunc Prætores non fuerunt? Quis autem hic eſt, qui emendet publicos mores? Alii contra: rectiſſimè fecit; initurus magiſtratum jura cognovit; Senatuſconſulta legit; reprimit fœdiſſimas pactiones; rem pulcherrimam venire non patitur.* Nemo objicit legem Corneliam. Nimirum contra 23
legem Corneliam non erat. Edictum quoque, de quo in *l. Si quis in gravi §. quod ad cauſam ff. de SC. Sillan.* fuit propoſitum poſt legem Corneliam, cùm fuerit poſterius Senatuſconſulto, quod Auguſto imperante factum eſt an. 762. Niſi quis credat id à Salvio Juliano additum edicto perpetuo. Aliud occurrit *in l.* 1. *§. ait Prætor. ff. de poſtul.* Aliud edictum Provinciale in *l. Divus Hadrianus* 6. *ff. de cuſtod. & exhib. reor.* Vide *l.* 1. *§. Si cui cautum ff. de extr. cogn.*

Salvianum quoque interdictum probabile

eſt in edicto fuiſſe propoſitum à Salvio Juliano, cùm Prætor fuit. Actio quoque furti manifeſti in quadruplum fortaſſe fuit à Præ-
24 tore introducta poſt legem Corneliam. Nam cùm eo tempore necterentur etiam debitores, veroſimile non eſt, Prætorem miſertum fuiſſe furum manifeſtorum, eoſque ab ea pœna voluiſſe liberare, ut aliàs luculentè demonſtrabimus. Sunt & aliæ actiones Prætoriæ, quæ poſt legem Corneliam videntur inventæ, ut Publiciana, & aliæ, quarum nulla umquam mentio ante illam legem; de quibus aliàs agemus ſingulatim. Nunc ad rem redeamus.

25 Animadvertendum eſt etiam, quòd multò ante legem Corneliam L. Æmilio Paulo & C. Licinio Craſſo Coſſ. anno urbis 586. idem cautum fuerat Senatuſconſulto, quod refert Doduwellus ad Spartian. *in Hadrian. Hora octava Senatus coactus eſt in Hoſtilia. SC. factum, Prætores ut ſuis edictis perpetuis jus dicerent.* Et tamen Carbonianum edictum poſterius eſt hoc Senatuſconſulto. Nam C. Carbo Prætorius fuit occiſus Carbone & Mario Coſſ. anno Urb. 672. teſte Velleio Paterculo *lib.* 2. 26. *&* 27.

Impoſuerunt pleriſque verba Aſconii: *ex edictis ſuis perpetuis.* Sed non dixit Aſconius, lege cautum fuiſſe, ut edicta eſſent perpetua: ſed ut jus dicerent ex ſuis edictis perpetuis. Alia enim edicta Prætorum erant perpetua:
26 alia temporaria. Edicta perpetua erant annua. Dicebantur perpetua, non quoad tempus, ſed quoad officium: perpetuò enim durabant durante officio, ac magiſtratu. Dicebantur perpetua, quia referebantur ad alia temporaria, quæ, prout res inciderat, unius tantùm negotii cauſâ proponebantur. Sic, cùm olim, quoties crimen aliquod publica animadverſione dignum fuiſſet perpetratum, crearetur à populo. Quæſtor parricidii, qui de eo crimine cognoſceret, quando horum delictorum cognitio cœpit mandari Prætori,
27 quæſtiones perpetuæ ſunt conſtitutæ: licèt Prætori non in perpetuum, ſed in ſingulos annos mandaretur. Dicebatur autem perpetua quæſtio conſtituta, quia Prætor, cui mandata erat ejuſmodi cognitio, toto anno de omnibus ejus generis delictis cognoſcebat, cùm olim pro ſingulis delictis ſinguli Quæſitores crearentur. Eodem modo edicta perpetua dicebantur, quæ toto anno obtinebant, totamque rationem juris dicundi complectebantur: cùm alia eſſent edicta, in quibus aliquid è re natâ Prætores edicebant. Edicta diſtinguit in hæc duo genera Ulpian. in *l. Si quis id* 7. *ff. de juriſd. Si quis id, quod juriſdictionis perpetuæ cauſâ, non quod, prout res incidit, in albo propoſitum erit, corruperit.*

Edictum perpetuum, ſeu perpetuæ juriſdictionis cauſâ propoſitum, erat id, quod Prætor initio magiſtratûs proponebat, in quo edicebat, quomodò jus dicturus eſſet eo anno. Idcirco lege Corneliâ ex eo jubebatur jus dicere, & ab eo recedere prohibebatur.

Edicta temporaria non ejuſdem modi erant omnia. Erant edicta, quibus reus vocabatur, quæ noſtri vulgo citationes appellant. *l. ad peremptorium cum quinque ll. ſeqq. ff. de judic.* Erant edicta monitoria, objurgato- 28
ria, conſolatoria, de quibus latè *Briſſon. de formul. lib.* 3. *in princ.* Erant & quædam edicta, quibus Prætor impendens aliquod periculum amovebat, &, ne aliquid fieret, prohibebat. Cic. *lib.* 2. *in Verr. Quod niſi Metellus hoc tam graviter egiſſet, atque illam rem imperio, edictoque prohibuiſſet, veſtigium ſtatuarum iſtius in tota Sicilia nullum eſſet relictum.* Valerius Max. *lib.* 1. *cap.* 3. *C. Cornelius Hiſpallus, Prætor Peregrinus, M. Popillio Lænate, Cn. Calpurnio Coſſ. edicto Chaldæos intra decimum diem abire ex urbe, atque ex Italia juſſit.*

Conſtat igitur, edictum perpetuum non lege Corneliâ factum fuiſſe, ſed Senatuſconſulto, Imperatoris Hadriani tempore, qui in eo digerendo Salvii Juliani JC. operâ uſus
eſt. *l. dedit. §. ſi verò poſtea C. de veter. jur.* 29
enucl. l. penult. C. de Condict. indeb. Eutrop. lib. 9. *l.* 2. *§. ſed quia in fin. C. eod.*

An autem hoc edictum, à Salvio Juliano compoſitum, vim legis haberet, ita ut dici poſſet, Prætores legem condidiſſe per poſterius, non ſine cauſa dubitari poteſt. Equidem, ut dicam, quod ſentio, hîc quoque

Digitized by Google

in nominis amphiboliam incidimus. Nam ſi legis nomen in genere accipimus, ut ſignificet quodcumque jus, quamcumque conſtitutionem legitimè factam, jubentem ali-
30 quid, aut vetantem, *l. legis virtus ff. de legib. & l. 1. & 2. ff. eod.* utique vim legis habebat. Erat enim olim Lex annua, ut ait Cicero: poſtquam factum fuit perpetuum, non amplius erat Lex annua, ſed verè lex perpetua. Lex enim eſt, quæ ſcripto ſancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando, à delectu. *Cic. de legib. &* Senec. *lib. 4. de benef. Legem dicimus juſti, injuſtique regulam eſſe:* hæc omnia conveniunt edicto perpetuo. Et in hac ſignificatione legis nomen, etiam Senatuſconſulta comprehendit, ut in *l. tutelas 7. in princ. ff. de cap. min. l. aut privatim 10. in princ. ff. ad SC. Turpill.* junctâ *l. 2. §. 1. ff. de cuſt. & exhib. reor. & l. ſi res 49. ff. de minor.* junctâ *l. 1. ff. de reb. eor.* Simili autem oratione Adriani in Senatu fuit confirmatum Edictum perpetuum. *d. l. dedit. §. ſi verò poſtea C. de veter. jur. enucl.*

Quod ſi legis nomen propriè accipiamus pro generali juſſu populi, ut eam Capito de-
31 finiebat, & Juſtin. *in §. Lex eſt Inſtit. tit. de jure natur.* quemadmodum nomen legis accipitur in *l. jus autem 7. ff. de juſtit. & jur. in l. juris gentium 7. ff. de legib. in l. 1. in fin. ff. ex quib. cauſ. maj. l. 2. §. deindè cùm eſſet ff. de origin. jur. l. 1. ff. ne quid in loc. public.* & paſſim; utique edictum Prætoris nec poſt confirmationem Adriani, nec poſt approbationem Juſtiniani lex eſt.

Imò etſi legis nomen accipimus pro ea ſanctione, ſeu conſtitutione, quæ ſupremam habet poteſtatem vetandi, atque imperandi, quemadmodum ferè ſemper uſurpatur in jure noſtro, Edictum Prætoris lex non eſt, ne-
32 que vim legis habet. Itaque in jure noſtro ſemper edictum appellatur, non verò lex, nec legis nomine comprehenditur, niſi cùm legem pro jure dicunt. Nam Adrianus quidem Edictum Prætoris de annuo perpetuum fecit, non tamen ejus naturam mutavit, aut vim auxit, aut quicquam roboris addidit.

Quamobrem Juſtinianus in hoc noſtro §. *Prætorum Inſtit. tit. de jur. nat. gent. & civ.* ait: *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris autoritatem.* Rectè: non enim edicta Prætorum obtinent ſupremam illam autoritatem, quam leges, & conſtitutiones Principum, de quibus antea egerat, ſed multò minorem. Et hoc, etiam tempore ipſius Juſtiniani poſt Pandectarum compoſitionem. *Obtinent*, inquit: non agit de tempore veterum Prætorum; ſed de ſuo. Quid ita? *Quia Magiſtratus huic juri autoritatem dederunt*, ut ait paulò infrà. Retinent igitur eamdem autoritatem, quam ipſis dederunt Magiſtratus, & ideò non modicam; non tamen ſummam, ac maximam.

Exemplis id clarius oſtendam. Prætor non poterat hæredem facere: per legem enim ſolùm, vel ſimilem juris conſtitutionem hæredes fiunt. *§. quos autem Inſtit. tit. de bonor. poſſ.* Sine ſupremâ legis autoritate nobis hæreditas obvenire non poteſt, ſive ab inteſtato, ſive ex teſtamento. *l. verbis legis. l. lege obvenire ff. de V. S.* Itaque Prætor dabat bonorum poſſeſſionem iis, quos ad ſucceſſionem vocabat. *d. §. quos autem.* An poſt Adria- 33
num, vel poſt Juſtinianum ex edicto Prætorum deferri cœpit hæreditas? Minimè verò. Etiam poſt Imperatores laudatos nihil aliud ex edicto defertur, quàm bonorum poſſeſſio. Quid ita? Quia non mutarunt naturam edicti, nec majorem autoritatem ipſi dederunt. Suſtulit quidem Juſtinianus quaſdam bonorum poſſeſſiones, tamquam inutiles, reliquas tamen, quam confirmavit, non mutavit in hæreditatem, ſed & hodiè manent bonorum poſſeſſiones, ut conſtat ex toto *tit. Inſtit. de bonor. poſſeſ. & ex toto lib. 37. & 38. Pandectarum, & ex lib. 6. Cod. à tit. 10. ad 20.*

Prætor obligationem jure civili rectè contractam, ipſo jure tollere non poterat, ne contra leges faceret, ſicut nec ullus alius magiſtratus: *l. formam. 2. C. de off. Præf. Prætor. Orient.* & ideò dabat exceptionem ad elidendam actionem, ſi quando aliquam obligationem improbabat; & is, cui dabat exceptionem, ipſo jure erat obligatus. *tot. tit. Inſtit. de exception.* Atque id etiam hodiè ob- 34
tinet: nam obligatio, à Prætore improbata, non eſt ipſo jure nulla, ſicut ipſo jure nulla

eſt obligatio, quæ à legibus improbatur, ſicut pro infectis habentur ea omnia, quæ lege prohibente fiunt; *l. non dubium C. de legib.* ſed hodiè etiam, quemadmodum olim, ad infringendam & enervandam obligationem opus eſt exceptione. *d. tit. Inſtit. de except. & toto tit. ff. & C. de except.* Igitur nec hodiè edictum Prætoris habet eamdem vim, quam lex. Imò nec priùs pactum per pactum poſterius eliditur ipſo jure, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem: *l ſi unus* 27. *§. pactus ff. de pact.* quia ſtipulatio legis autoritate nititur; pactum verò autoritate prætoriâ. *l. juris gentium* 7. *§. ait prætor. ff. de pact.* Vide text. *in l. in honorariis* 35. *in princ. ff. de oblig. & action.*

Non excutiam longiùs, nec ſingulas partes juris Prætorii percurram, quas ſi quis velit ſingulatim, & accuratè perpendere, intelliget, eamdem prorſùs habere vim, quam Prætores ipſi tribuerunt. Et ratio eſt in promptu. Cùm enim Juſtinianus non novum jus condiderit, ſed veterum Juriſconſultorum ſententias, ac præcepta collegerit, & in Pandectis digeſſerit, eiſque tribuerit legis autoritatem; veteres autem Juriſconſulti in edictis interpretandis tribuerint ipſis eam autoritatem, quam à Prætoribus acceperant; utique eamdem quoque ipſis tribuit Juſtinianus, qui veterum Juriſconſultorum interpretationes confirmavit.

At enim Juſtinianus omnia, quæ in libros juris congeſſit, ſua eſſe voluit, quaſi leges à ſe conditas, ac promulgatas. *l.* 1. *§. ſed in hoc ſtudium l.* 2. *§. ne autem in fin. C. de vet. jur. enucl.*

Reſpondetur, id eſſe veriſſimum, quoad vim derogandi omnibus aliis legibus. Has
35 enim ſolas voluit obſervari Juſtinianus, & omnes pariter eodem modo, perindè ac ſi eſſent omnium poſtremæ conſtitutiones, & ab ipſo conditæ omnes eodem tempore, videlicèt tunc, cùm eas colligit. *d. l.* 2. *§. hæc autem omnia*; *& l.* 3. *§. tanta C. eod.* Non tamen id pertinet ad vim diſponendi, & producendi effectus, quam non mutavit Imperator noſter. Sua fecit omnia, ſed tamen voluit ſingulas juris partes propriam habere naturam, quam initio habuerunt; &, cùm nollet ex integro novum jus condere, ex veteri jure quædam ſuſtulit, & abrogavit; quædam confirmavit, & ipſis tribuit eam autoritatem, quam cujuſque natura patiebatur.

CAPUT VII.

Ad §. Sunt autem Inſtit. tit. de bonor. poſſeſſ. & ad l. ut liberis 17. *C. de Collat.*

SUMMARIUM.

1 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas eſt ex teſtamento. &* 20.
2 *Omnis ſucceſſio, tum civilis, tum prætoria, aut ex teſtamento, aut ab inteſtato.*
3 *Tabulæ ſignificant teſtamentum.*
4 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas non reſcindit teſtamentum.*
5 *Nec impedit, quominùs hæres in teſtamento ſcriptus adeat hæreditatem. &* 15.
6 *Qui omiſſâ bonorum poſſeſſione contra tabulas adit ab inteſtato, legata præſtat, quemadmodum ille, qui adit omiſſâ cauſâ teſtamenti.*
7 *Hæc bonorum poſſeſſio non impedit querelam inofficioſi.*
8 *Concurrit cum bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas.*
9 *Non admittit ſimul ad ſucceſſionem exhæredatum.*
10 *Conſervatur ſubſtitutio: & legata.*
11 *Teſtamentum eſt ſupremum judicium defuncti.*
12 *Excluſo hærede ſcripto, & admiſſo altero non ſcripto, fit irritum teſtamentum.*
13 *Paria ſunt non eſſe, & non eſſe legitimè.*
14 *Prætor reſcindit judicium defuncti, non teſtamentum. & ratio. n.* 15.
15 *Non poteſt contra leges facere, nec ſubvertere actum à jure comprobatum.*
16 *Exempla proponuntur: & n.* 17. 18. 19. 20.
21 *Exhæredati ad hanc bonorum poſſeſſionem non admittuntur: & quare.*
22 *Explicatur* l. ut liberis C. de collat. *& nn. ſeqq.*
23 *Collatio locum habet, ſive ab inteſtato ſuccedatur, ſive per hanc bon. poſ.*
24 *In hâc bonorum poſſeſſione Prætor ſervat ordinem, & diviſionem juris civilis.*
25 *Inteſtatus quoad tutelam dicitur etiam, quia ritè fecit teſtamentum.*
26 *Minùs propriè Prætor dicitur reſcindere teſtamentum: & afferuntur varia exempla.*
27 *Nullum dicitur, quod eſt ſine effectu, etiamſi ipſo jure ſubſiſtat.*
28 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas comparatur querelæ inofficioſi ſolùm quoad effectum collationis.*

QUæ de bonorum poſſeſſione contra tabulas dicturi ſumus, ea pertinent ad Prætoris autoritatem, de quâ diſſeruimus. Bonorum poſſeſſio contra tabulas recenſetur inter bonorum poſſeſſiones ex teſtamento. *in §. ſunt autem Inſtit. tit. de bonor. poſſeſſ. & in*
1 *§. ſed eas Inſtit. tit. eod.* Et meritò: eſt enim bonorum poſſeſſio contra tabulas ex teſtamento, non ab inteſtato: & ideò ſemper in jure noſtro ſeparatur, ac diſtinguitur à ſucceſſione ab inteſtato, ut in *l. 1. §. ita autem ff. undè liber. in l. 4. C. de collation.* Et cùm omnis ſucceſſio tum civilis, tum prætoria,
2 ſit vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, *§. ult. Inſtit. tit. per quas perſon. cuiq. acquir. princ. tit. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* ſi ab inteſtato non ſit, ſequitur ut ſit ex teſtamento.

Verùmtamen, quamvis hæc certa videantur, vix intelligi poteſt, quî fiat, ut ea bonorum poſſeſſio, quæ impugnat voluntatem, ac teſtamentum defuncti, nihilominùs ſit ex teſtamento. Videntur hæc inter ſe contraria eſſe: ex teſtamento, & contra teſta-
3 mentum. Eſt contra tabulas: ergò & contra teſtamentum: tabularum enim nomen teſtamentum ſignificat. *l. 1. §. hoc interdictum ff. de tab. exhib. l. 1. §. 1. ff. quemadm. teſtam. aper. l. 1. ff. de bonor. poſſ. ſec. tab.* Juven. *Sat. 2.*

Notum eſt, cur ſolo tabulas impleverit Iſter
Liberto. — — — — —

Et *Satyr. 6.*

— — — — *Mox decolor hæres*
Impleret tabulas, numquàm tibi manè vi-
dendus.

Id. *Satyr. 14.*

Corripies nimirum, & caſtigabis acerbo
Clamore: & poſt hæc tabulas mutare parabis.

Si eſt contra teſtamentum, ergò non ex teſtamento.

Impugnat quidem bonorum poſſeſſio contra tabulas teſtamentum, & voluntatem defuncti, & eſt contra teſtamentum, non tamen ipſum teſtamentum reſcindit, nec defunctum facit inteſtatum: undè ab inteſtato ſuccedi non poteſt, & ſubſiſtente teſtamen-
4 to, non poteſt ſuccedi niſi ex teſtamento. Reſcinditur quidem judicium teſtantis, *l. 1. ff. de legat. præſtand.* non tamen reſcinditur ipſum teſtamentum, quia Prætor non quærit de jure teſtamenti, an valeat, vel non valeat, ſed de jure ejus, qui petit bonorum poſſeſſionem; *l. filio 16. in fin. ff. de inoff. teſtam.* & dat quidem bonorum poſſeſſionem contra voluntatem defuncti, à quâ recedit. *l. ſed cum patrono 6. §. 1. ff. de bon. poſſ.* teſtamentum autem illæſum, intactumque relinquit, nec impedit, quo minùs in eo teſ- 5
tamento ſcriptus hæres adeat hæreditatem. *l. is qui in poteſtate §. ſed ſi ſcriptis ff. de legat. præſt.*

Hinc autem multi oriuntur effectus. Primus eſt, quòd, ſicut ille, qui omiſſâ causâ teſtamenti, ab inteſtato adit hæreditatem, cogitur legata præſtare, perindè ac ſi hæres eſſet ex teſtamento, *l. 1. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ita &, qui omiſſâ bonorum poſſeſ- 6
ſione contra tabulas ab inteſtato poſſidet hæreditatem, legata præſtat, quæ præſtaret acceptâ hâc bonorum poſſeſſione. *l. quis autem 6. §. hoc edictum ff. eod.*

Alter, quòd, ſi pater defuncti acceperit 7
bonorum poſſeſſionem contra tabulas, filia à defuncto exhæredata poteſt agere querelâ inofficioſi teſtamenti: *l. filio 16. §. 1. ff. de inoff. teſt.* quâ agere non poſſet, ſi per bonorum poſſeſſionem reſciſſum fuiſſet teſtamentum: tum quia filia ſuccederet ab inteſtato, & ideò ei non competeret querela; *§. tam autem Inſtit. tit. de inoff. teſtam.* tum quia querela teſtamentum reſcindit, atque ſubvertit. *l. Papinianus §. ſi ex cauſa l. in repudiantis ff. de inoff. teſtam.* non poſſet autem reſcindi teſtamentum, ſi jam fuiſſet reſciſſum per bonorum poſſeſſionem. *l. nam etſi 5. verſ. puto igitur ff. de injuſt. rup.*

Tertius, quòd bonorum poſſeſſio contra tabulas poteſt concurrere cum bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas. *l. ſed cum patrono* 8
6. ff. de bonor. poſſ. utraque enim eſt ex teſtamento.

Quartus ſecundo ſimilis eſt: ſi alter ex filiis ſit præteritus, alter exhæredatus, & præteritus accipiat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nihilominùs non admittitur ad 9
ſucceſſionem exhæredatus. *l. ſi poſt mortem 10. §. exhæredati ff. de bonor. poſſ. contr. tab.*

atqui admitteretur, ſi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas everteretur teſtamentum, & defunctus fieret inteſtatus. *l. filium* 20. *in princ. ff. eod.*

Quintus, quòd, licèt Prætor recedat à voluntate teſtatoris quoad inſtitutionem, tamen & exceptis perſonis legata conſervat; *l.*
10 1. *& toto tit. ff. de legat. præſt.* & ſuſtinetur ſubſtitutio pupillaris, & omnia legata à ſubſtituto data: *l. ex duobus* 34. *§. ult. ff. de vulg.* quæ in irritum omnia reciderent, ſi teſtamentum everteretur. *l.* 2. *verſ. nam ſi principale ff. de vulg. l. ſi patroni* 55. *§. qui fideicommiſſum ff. ad SC. Trebell.* §. 1. *Inſt. de hæred. qua ab inteſt.*

Sed hîc in ſcopulum impingimus, quem interpretes noſtri declinantes prætervehuntur. Si Prætor defuncti judicium reſcindit, *l.* 1. *ff. de leg. præſt.* reſcindit etiam teſtamentum. Quid enim eſt teſtamentum, niſi vo-
11 luntatis noſtræ juſta ſententia? *l.* 1. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Quid, niſi ſupremum defuncti judicium? *l. vel negare ff. teſtam. quemadm. aper. l. nec ſi mora* 5. *C. de quæſtion. l. nec ſi deicommiſſa* 36. *ff. de legat.* 3. *l.* 1. *ff. de bonor. poſſ. ex teſtam. milit. l.* 1. *C. de collation. l. ex teſtamento* 5. *C. de teſtam. milit. l. non oportet* 5. *C. de his quib. ut indig. l. hi quibus* 7. *C. de fideicom. libert.*

Præterea, ſi à Prætore hæres ſcriptus excluditur, & admittitur hæres non ſcriptus, fit irritum teſtamentum, & defunctus inteſ-
12 tatus decedit. *l.* 1. *in princ. ff. de ſuis, & legit. hæredib. princ. tit. Inſtit. de hæredit. qua ab int. defer.* Paria enim ſunt aliquid non eſ-
13 ſe, & non eſſe legitimè. *l. quoties* 6. *ff. qui ſatiſd. cog. l.* 1. *ff. ſi quis in jus voc. non ier. l.* 1. *§. quòd ſi nemo in fin. ff. quod cujuſq. univerſ.*

Reſpond. quòd quoties à jure civili reſcinditur judicium teſtatoris, reſcinditur etiam, atque evertitur teſtamentum: item, cum jure civili fit irritum teſtamentum hærede non adeunte, decedit inteſtatus, qui ejuſmodi condidit teſtamentum. At verò,
14 cùm Prætoris autoritate judicium teſtantis reſcinditur, non evertitur teſtamentum: potiùs enim Prætor à voluntate teſtatoris recedit, quàm teſtamentum ſubvertat, de cujus jure non quærit. *l. filio* 16. *in fin. ff. de inoff. teſtam.* Quamobrem, etſi hæredibus non adeuntibus corruat exhæredatio, & exhæredatus admittatur ab inteſtato; tamen filio petente bonorum poſſeſſionem contra tabulas, alter filius exhæredatus non admittitur ab inteſtato, quia non infirmatur teſtamentum, & ideò ſuſtinetur exhæredatio. *l. filio* 20. *in princ. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* Itaque Juſtinianus in *l. ult. §. ſancimus C. de liber. præter.* rectè ait: *ut & ipſa, ſi fuerit præterita, adinſtar filii emancipati, vel ſui, vel teſtamentum ipſo jure evertat, vel per contra tabulas bonorum poſſeſſionem ſtare hoc non patiatur.* Suus, qui juris civilis præſidio munitus eſt, evertit ipſo jure teſtamentum: emancipatus, qui ſolùm ope Prætoriâ ſuccedit, non evertit ipſo jure teſtamentum, ſed ipſum ſtare non patitur, hoc eſt, non patitur admitti hæredem ſcriptum in teſtamento, & locum habere voluntatem teſtatoris. Item in *l. ſi duo* 16. *ff. de legat. præſt.* filius in poteſtate exiſtens præteritus, licèt accipiat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, tamen, quia etiam jure civili munitus eſt, ab inteſtato rem habere videtur, & legata non præſtat. Contrà frater ejus emancipatus, licèt & ipſi communicetur bonorum poſſeſſionis auxilium, tamen legata præſtat, quia ex teſtamento rem habere videtur, in quo fuerat inſtitutus.

Ratio autem, cur Prætor non reſcindit teſtamentum, ea eſt, quia nec poteſt reſcin- 15
dere, nec poteſt facere inteſtatum eum, qui rectè & ſecundùm præcepta legum teſtatus eſt. Teſtamenta enim à lege XII. tabul. ſunt confirmata. *l. verbis legis, & l. lege obvenire ff. de V. S.* Prætor autem contra leges facere non poteſt. *l.* 1. *§.* 1. *ff. de fer. l. cum ſponſus §. ſi res ff. de Public. in rem act.* Itaque, quod legis autoritate munitum eſt, à Prætore ſubverti non poteſt: neque enim eam habet autoritatem, ut vim legis poſſit infringere, ſicut non poteſt legem condere. Quemadmodum igitur non poteſt hæredem facere, quia ſola lex hanc poteſtatem habet, *§. quos autem Inſt. tit. de bonor. poſſeſſ.* ita non poteſt impe-

Digitized by Google

dire, quominùs ſit hæres ille, qui jure civili hæres exiſtit. *l. cum quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus ff. de fideic. libert. l.* & *fine* §. *ſed quod Papinianus ff. de minor.* §. *reſtituta Inſtit. de fideicommiſſ. hæredit.* Quapropter, cùm dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas præterito, non excludit hæredem inſtitutum, qui rectè adire poteſt hæreditatem. *l. is qui in poteſtate* §. *ſed ſi ſcriptus ff. de legat. præſt.* licèt ſine effectu ſit aditio: Prætor enim poteſt indirectò effectum impedire, non poteſt directò impugnare, ac ſubvertere actum jure civili comprobatum.

Sed hoc accuratiùs explicare operæ pretium eſt. Non poteſt Prætor directò legem impugnare, & abrogare, aut ſubvertere id,
16 quod à lege fuit conſtitutum. Poteſt tamen indirectò effectum à legis ſanctione prodeuntem impedire. Exemplis id planiùs exponam. Non poteſt Prætor obligationem jure civili comprobatam tollere, nec impedire quominùs contractus jure civili comprobatus civilem pariat obligationem: idcircò, cum æquitate ſuadente improbat aliquem contractum, non ipſum ſubvertit, non tollit ejus obligationem, ſed effectum impedit dando exceptionem. Valet contractus: ex contractu naſcitur civilis obligatio: parit actionem: ſed vis actionis infringitur exceptione. *princ. tit. Inſt. de except.* & §. 1. & 2. & *tot. tit.*

Prætor poteſt dare bonorum poſſeſſionem illis, qui à jure civili non vocantur ad hæ-
17 reditatem: §. *emancipati Inſtit. tit. de hæred. quæ ab int.* non poteſt tamen dare bonorum poſſeſſionem illis, qui à lege prohibentur capere hæreditatem. *l. non eſt ambigendum* §. 1. *ff. de bonor. poſſ.* Ita dat Prætor actionem Publicianam ad perſequendam rem non uſucaptam, perindè ac ſi uſucapta eſſet, ad quam actio civilis non competit: §. *namque ſi cui*
18 *Inſtit. tit. de action. l.* 1. *ff. Publician.* non tamen eam dat, ſi res à jure prohibeatur alienari. *l. cùm ſponſus* §. *ſi res ff. de Public. in rem act.*

Prætor excludit eos, qui à jure civili vocantur ad hæreditatem, non tamen directò, declarando eos incapaces ſucceſſionis, ſed
19 indirectò aliquem ipſis præferendo. Jus civile vocat agnatos ad hæreditatem poſt ſuos hæredes. Ulpian. *Inſtit. cap.* 26. *l.* 1. *poſt ſuos* & §. *ſeq.* & *l.* 2. *ff. de ſuis*, & *legit. hæred.* Prætor non excluſit à ſucceſſione agnatos, neque enim id efficere poterat; ſed prætulit ipſis emancipatos. §. *emancipati Inſt. tit. de hæred. quæ ab inteſt.* Itaque, ſi moriatur paterfamilias ſine ſuis hæredibus relicto emancipato, jure civili ſuccederent agnati. Non tollit Prætor hoc jus ſuccedendi, quod habent à lege, ſed ipſis præfert emancipatum, cui dat bonorum poſſeſſionem, perindè ac ſi eſſet in poteſtate: *d.* §. *emancipati*, quam ipſi non daret, ſi nominatim à lege fuiſſet excluſus. *l. non eſt ambigendum* §. *ult. ff. de bonor. poſſeſſ.*

Eodem modo ſe res habet in ſucceſſione teſtamentariâ, de quâ agimus, Teſtator ritè condidit teſtamentum. Prætor non reſcindit teſtamentum, quod legis autoritate nititur; *l. verbis legis ff. de V. S.* non impedit, ne
ſcriptus hæres adeat hæreditatem; *d. l. is qui* 20
in poteſtate §. *ſed ſi ſcriptus ff. de legat. præſt.* ſed hæredi ſcripto præfert præteritum, dando ipſi bonorum poſſeſſionem. Et quia hæc bonorum poſſeſſio repugnat ſcripturæ teſtamenti, dicitur *contra tabulas*: eſt tamen ex teſtamento, quia non evertitur teſtamentum; licèt non ſit ſecundùm teſtamentum. Atque ita directò non facit contra legem, comprobantem teſtamentum.

Imò nec directò Prætor impugnat, ac ſubvertit voluntatem teſtatoris, nam & ipſâ legis autoritate vallatur. Nam, ſi teſtator nominatim filium ab hæreditate excluſerit, eum
exhæredando, Prætor eum non admittit ad 21
bonorum poſſeſſionem: *l. non putavit* 8. *in princ. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* ubi notandum eſt illud verbum, *remotos*. Exhæredati non admittuntur, quia ab hæreditate remoti ſunt à teſtatore, nec poſſunt admitti, niſi directò impugnetur, & ſubvertatur teſtatoris voluntas. Et ideò nec commiſſo per alios edicto admittuntur. *l. ſi poſt mortem* 10. §. *exhæredati ff. eod.* Cùm verò admittit præteritum, non impugnat directò voluntatem, licèt eo admiſſo excludatur inſtitutus, quia hoc ſit in conſequentiam. Quemadmodum non

non facit contra legem Prætor, cum agnatis præfert emancipatos, licèt hinc conſequatur, ut excludantur agnati, qui à lege vocabantur.

His explanatis viam ſtravimus ad intelligendam Leonis conſtitutionem in *l. ut liberis 17. C. de collat.* quæ adeò contraria eſt huic ſententiæ, ut nihil ſuprà. *Ut liberis tàm maſculini, quàm fœminini ſexûs quocumque jure inteſtatæ ſucceſſionis, id eſt, aut teſtamento penitus non condito, aut, ſi factum fuerit, contra tabulas bonorum poſſeſſione petitâ, vel in-
22 officioſi querelâ motâ reſciſſo.* Tria ſunt in his verbis obſervanda. Primum, quòd, qui accipit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, obtinet hæreditatem jure inteſtatæ ſucceſſionis. Præterea, quòd petitâ bonorum poſſeſſione contra tabulas reſcinditur teſtamentum. Denique, quòd hâc in re bonorum poſſeſſio comparatur querelæ, quâ verè teſtamentum reſcinditur, *l. teſtamentum 24. C. de inoffic. teſtam. l. filii 16. C. fam. erciſc. l. qui repudiantis ff. de inoffic. teſtam.* & fit defunctus inteſtatus. *l. poſthumus 6. §. ſi quis ex his perſonis ff. eod.*

Reſpondetur, quòd quotieſcumque filii non ſuccedunt ex voluntate teſtatoris, qui poteſt partes inæquales facere, locum habet collatio, ut omnes conſequantur pares por-
23 tiones ex bonis paternis. Itaque ſicut collatio locum habet, cùm ſucceditur ab inteſtato, ita locum habet, cùm ſucceditur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas. *l. filiæ 4. C. de collat.* Imò collatio præcipuè inducta eſt propter bonorum poſſeſſionem contra tabulas. *l. 1. in princ. ff. de collat.* Nam, qui accipit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non ſuccedit ſecundùm voluntatem defuncti, ſed ex voluntate Prætoris, & ideò non debet plus obtinere ex bonis paternis, quàm alii, qui vel à teſtatore, vel à jure civili vocantur ad hæreditatem. Quamobrem Prætor liberos ad hanc bonorum poſſeſſionem vocat, eo jure, eoque ordine, quo vocarentur ad ſucceſſionem jure civili, & diſ-
24 tribuit ipſis eas portiones, quas habituri eſſent ab inteſtato: *l. 1. §. vocantur autem. l. non putavit 8. in fin. verſic. Prætori l. ſi in adoptionem 11. §. 1. ff. de bonor. poſſ. contr. tab. l. ult. in princ. ff. de legat. præſt.* ad ſervandam autem hanc æqualitatem inter liberos hanc collationem introduxit. Igitur, cùm agitur de collatione, (ut in *d. l. ut liberis*) omnis ſucceſſio dicitur inteſtata, etiam quæ obtinetur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas: non, quia verè ſit ab inteſtato; ab eâ enim diſtinguitur; ſed quia idem jus eſt, idem effectus. *l. filiæ 4. C. de collation.* Sic 25
etiam, quoad tutelam dicitur inteſtatus etiam ille, qui verè inteſtatus non deceſſit. *l. inteſtato 6. ff. de legit. tutor. § quod autem Inſt. tit. de legit. agn. tut.* Et Imperatorem Leonem *in d. l. ut liberis*, voluiſſe comprehendere omnes ſucceſſiones, in quibus obtinet collatio, ſive propriè, ſive impropriè eſſent inteſtatæ, conſtat ex illis verbis generalibus: *quocumque jure inteſtatæ ſucceſſionis.*

Verbum autem, *reſciſſo*, propriè refertur ad querelam inofficioſi, cui ſubjectum eſt: minùs propriè ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Eſt enim illud uſitatum, ut, quando verbum plura debet comprehendere, & ad plura referri, ſufficiat unum ex illis propriè comprehendere, etiamſi alia contineat minùs propriè. Reſciſſum autem dicitur teſtamentum, quia Prætor ipſum ſtare non patitur, *l. ult. §. ſancimus. C. de liber. præter.* 26
hoc eſt, non patitur obſervari quoad hæredis inſtitutionem, cui præfert præteritum, quaſi hic, non ille, fuiſſet inſtitutus. Ita reſcindere dicitur emancipationem Prætor, cùm emancipatum admittit ad bonorum poſſeſſionem undè liberi, eumque præfert agnatis. *l. ſed cum patrono 6. §. 1. ff. de bonor. poſſeſſ.* Non poteſt Prætor reſcindere emancipationem, quæ à lege XII. tabul. fuit inducta, ejuſque autoritate ſuſtinetur: ſed tamen dicitur reſcindere ſpectato effectu: quia emancipatum admittit, perindè ac ſi non eſſet emancipatus. Sic reſcindere uſucapionem dicitur Prætor, cùm dat actionem ad rem perſequendam, perindè ac ſi non fuiſſet uſucapta. *l. in honorariis 35. in princ. ff. de oblig. & act. §. rurſus Inſtit. tit. de action.* Sic reſcindi teſtamentum dicitur, cùm hæres tranſgreditur voluntatem teſtatoris. *l. in tabulis 36. ff. de ſtatu lib.*

Digitized by Google

Nimirùm ſi verba referamus ad jus, non
eſt reſciſſio: ſi ad effectum, reſciſſio eſt: quia
idem conſequitur effectus, qui per reſciſſio-
nem conſequeretur. Sic nulla dicitur obliga-
27 tio in *l. ſi dare 25. ff. de V. O.* quæ tamen
dicitur jure ſubſiſtere, & efficax eſſe in §. 1.
Inſtit. tit. de except. hîc enim ad jus; illic ad
effectum verba referuntur. Ad effectum quo-
que refertur verbum illud, *reſciſſo*, in noſ-
tra *l. ut liberis*, quia quoad inducendam col-
lationem perindè eſt, ac ſi reſciſſum eſſet.
28 Et quoad eumdem effectum comparatur ibi
querela inofficioſi teſtamenti cum bonorum
poſſeſſione contra tabulas, quia per utram-
que ita ſucceditur, ut ſit neceſſaria collatio.

CAPUT VIII.

Ad l. Papinianus 8. in princ. ff. de inoff. teſtam.

SUMMARIUM.

1 *Bonorum poſſeſſiones aliæ ſunt cum re, aliæ ſine re.*
2 *Bonorum poſſeſſio litis ordinandæ gratiâ eſt ſine re.*
3 *Querela inofficioſi, niſi cùm hæres inſtitutus adivit hæreditatem*
4 *Bonorum poſſeſſio litis ordinandæ gratiâ non eſt neceſſaria liberis in poteſtate exiſtentibus, ſed emancipatis.*
5 *Per querelam inofficioſi teſtamenti ſuus hæres ſimul reſcindit teſtamentum, & hæreditatem acquirit.*
6 *Quâ de causâ ſuis hæredibus non ſit neceſſaria bonorum poſſeſſio litis ordinandæ gratiâ.*
7 *Filius agendo querelâ immiſcet ſe hæreditati, nec poteſt poſteà abſtinere.*
8 *Agnoſcens bonorum poſſeſſionem, & agens querelâ inofficioſi pro hærede gerit.*
9 *Implens conditionem non adit, & quare?*
10 *Emancipati poſt reſciſſum querelâ teſtamentum poſſent repudiare hæreditatem juxtà quorumdam ſententiam.*
11 *Teſtamentum patris querelâ reſcinditur, quaſi pater non ſanæ mentis fuerit, cùm teſtatus eſt.*
12 *Non debet eſſe in arbitrio cujuſquam, ad quem velit deferri hæreditatem, ſed contrà, n. 13.*
13 *Emancipatus agendo querelâ agnoſcit ſucceſſionem.*
14 *Hæc bonorum poſſeſſio inventa eſt in commodum emancipatorum, ut querelâ agere poſſint.*
15 *Emancipatus jure civili nihil juris habet in bonis paternis.*
16 *Pater filium emancipatum exhæredando non facit ei injuriam ſecundùm jus civile.*
17 *Bonorum poſſeſſio litis ordinandæ gratiâ reddit emancipatum capacem ſucceſſionis, & querelæ inofficioſi.*
18 *Emancipatus ſine hâc bonorum poſſeſſione non poteſt per querelam vindicare hæreditatem, in quâ nullum jus habet.*

QUoniam de bonorum poſſeſſionibus ſer-
mo eſt inſtitutus, de bonorum poſſeſſio-
ne litis ordinandæ gratiâ pauca ſubjiciamus,
de quâ in *l. Papinianus 8. in princ. ff. de in-
offic. teſtam.*

Præter illas bonorum poſſeſſiones cum re,
quæ nobis jus tribuunt, & dominium om-
nium rerum hæreditariarum, *l. 1. 2. & 3.* 1
ff. de bon. poſſ. ſunt quædam bonorum poſſeſ-
ſiones ſine re, de quibus Ulpian. *in frag.* &
Imperatores *in l. filiis matrem C. de inoff.
teſtam.*

Inter has bonorum poſſeſſiones ſine re, quæ
jus non tribuunt, eſt illa, quæ datur acturis
querelâ inofficioſi teſtamenti: *l. quamvis 2.
C. eod. de inoff.* quæ dicitur bonorum poſſeſ-
ſio litis ordinandæ gratiâ in *l. Papinianus 8.* 2
ff. de inoff. teſtam. Eſt autem ſine re, quia
querela inofficioſi non datur, niſi hæres inſ-
titutus adiverit hæreditatem. *d. l. Papinianus
§. ſi conditioni verſ. quoniam ff. eod.* Itaque, 5
donec teſtamentum per querelam reſcinda-
tur, hæreditatem obtinet inſtitutus, non, qui
agit querelâ, aut ordinat litem inofficioſi teſ-
tamenti, ut avocet hæreditatem ab inſtitu-
to. *d. l. 2. de inoff. teſtam.*

Hæc bonorum poſſeſſio liberis in poteſtate
exiſtentibus neceſſaria non eſt. *l. quemadmo-* 4
dum 7. ff. de inoff. teſtam. Hinc à contrario
argui poſſe videtur, eam bonorum poſſeſſio-
nem liberis emancipatis eſſe neceſſariam.
Quorsùm detur hæc bonorum poſſeſſio, &
quâ de cauſâ neceſſaria ſit emancipatis, non
ſuis hæredibus, eſt inter doctiſſimos homi-
nes magna diſſenſio. Rem obſcuriſſimam,
quantùm potero, dilucidè explicabo. Omit-
tam autem, quæ hâc in re fingit Accurſius
atque ejus aſſeclæ, Græcorum fabulis ſimil-
lima.

Suis hæredibus non eſt neceſſaria bono-
rum poſſeſſio hæc, quia, cùm ipſi ſuccedant
ab inteſtato, per ſolam querelam inofficioſi,
utrumque conſequuntur, & ut reſcindatur
teſtamentum patris, & ut avocent hæredita-
tem à ſcriptis hæredibus. Nam querela inof-

Digitized by Google

ficioſi teſtamenti eſt actio, quâ ſimul reſcinditur teſtamentum, & petitur, ac vindica-
5 tur hæreditas; *l. Papinianus* §. *quoniam. l. eum qui* §. *ult. l. ſi inſtituta* §. *de inofficioſo ff. de inofficioſo teſtam. l.* 3. *C. de petit. hered.* vel quâ reſciſſo teſtamento fit hæres ipſo jure. *l. in ſuis* 14. *ff. de ſuis & legit. hered.* Uno
6 verbo: eàdem de cauſâ, quâ ipſis neceſſaria non eſt aditio, *l. quemadmodum ff. de inoff. teſtam.* neceſſaria quoque non eſt hæc bonorum poſſeſſio.

Non poteſt admitti communis ſententia, quâ ſtatuitur, filium exhæredatum etiam poſt reſciſſum teſtamentum poſſe abſtinere, nec
7 agendo querelâ ſe immiſcere hæreditati, *argum. text. in l. Antiſtius* 62. *ff. de acq. hæredit.*

Etenim, qui teſtamentum accuſat, hoc ipſo videtur agnoviſſe ſucceſſionem: *l. cùm quidam ff. de bonor. poſſ.* quia ideò accuſat, ut jus ſuum ſibi ſervet; *d. l. cùm quidam.* & ideò ſemper accuſat, tamquàm hæres: quamobrem agnoſcit ſucceſſionem. *d. l. Antiſtius.* Nam, qui implet conditionem, poteſt eam implere etiam aliâ de cauſâ, vel fato: *l.* 2. *ff. de condit. & demonſtr.* & ideò, ut ex conditionis implemento arguatur animus acqui-
8 rendæ hæreditatis, qui omninò requiritur in adeundâ hæreditate, *l. ſi avia* 6. *C. de jur. delib.* §. *ult. Inſt. de hered. qual. & differ.* neceſſe eſt, ut impleat, tamquàm hæres. *d. l. Antiſtius.* At accuſatio teſtamenti vel falſi, vel inofficioſi naturâ ſuâ includit animum acquirendi hæreditatem, non minùs, quàm pro hærede geſtio. Et ſicut pro hærede gerit, qui agnoſcit, ac petit bonorum poſſeſſionem, *l. puberem* 12. *C. de jur. delib.* ita, qui accuſat teſtamentum inofficioſum: cùm accuſando petat, ac vindicet hæreditatem.

9 Emancipatis autem quidam putant neceſſariam eſſe hanc bonorum poſſeſſionem, ne poſt expugnatum patris teſtamentum repudient hæreditatem. Acceptâ hâc bonorum poſſeſſione, ſimul ac reſciſſum fuerit teſtamentum, obtinent hæreditatem: quia bonorum poſſeſſio, quæ pendente judicio erat ſine re, finito judicio ſtatim incipit eſſe cum re. At ſi eam non acceperint, erit in eorum arbitrio repudiare hæreditatem. At hoc ipſis non eſt permittendum.

Primùm, quia teſtamentum reſcinditur 10
hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerit, quia contra officium pietatis teſtatus eſt: *l.* 2. *l. nam & his* 3. *in fin. l. Titia ff. de inoff. teſtam. l. patronus* §. *ult. ff. de legat.* 2. & ideò non eſt permittendum filio notam hanc patri inurere ſine cauſâ, ſi nolit hæreditatem adire.

Prætereà, quia eſſet in poteſtate filii hæreditatem deferre hæredibus ab inteſtato, & adimere inſtitutis: reſcindendo enim teſtamentum excluderet inſtitutos: & poſteà repudiando admitteret hæredes ab inteſtato. Hoc autem non debet eſſe in cujuſquam ar- 11
bitrio. §. *at hi, verſic. quod ideò Inſtit. tit. de hered. qual. & differ.*

Negari non poteſt, dici hæc admodùm probabiliter. Verùmtamen, ſi nihil aliud obſiſteret, non intelligo, cur emancipatus agendo querelâ, non agnoſcat ſucceſſionem, ita ut ampliùs repudiare non poſſit, *d. l. cùm* 12
quidam, ut modò dicebamus.

Præterea non eſt novum, ut querela inofficioſi non proſit ei, qui egit, ſed hæredibus ab inteſtato, qui admittantur excluſis inſtitutis propter teſtamentum querelâ reſciſſum. *l. poſthumus.* §. *ſi quis ex his perſonis ff. de in-* 13
off. teſtam. Quod & in ſcriptis hæredibus aliquandò evenit, ut ſit venale eorum beneficium, & ſit in eorum arbitrio aliquem vel excludere, vel admittere ad hæreditatem *l. filio, quem* 20. *in princ. ff. de bonor. poſſ. contr. tab.*

Nec illud eſt omittendum, quod Paulus in *l. quemadmodum* 7. *ff. de inoff.* videtur innuere, hanc bonorum poſſeſſionem eſſe neceſſariam emancipatis, ut poſſint agere que- 14
relâ: adeòque ad eorum commodum videtur inducta. Atqui eſſet ipſis incommoda, ſi tolleret ipſis ejuſmodi facultatem repudiandi poſt reſciſſum teſtamentum.

Exiſtimo igitur, hanc bonorum poſſeſſionem neceſſariam eſſe emancipatis, quia ſine eâ non poſſent admitti ad agendum querelâ inofficioſi. Primùm enim querela inofficioſi eſt remedium civile, non prætorium, ad

quod admitti non poſſent emancipati, qui jure civili nihil juris habent in bonis pater-
15 nis. §. *emancipati Inſtit. tit. de hæred. quæ ab inteſt.* Quorſum enim tentent reſcindere patris teſtamentum, ſi ei non poſſunt ſuccedere? *d. §. emancipati.* Cùm jure civili ſint incogniti, non debent ab eo admitti ad reſcindendum teſtamentum: nam, etſi factum non fuiſſet teſtamentum, numquàm ſucceſſuri fuiſſent. Conſiderato jure civili nullam injuriam fecit filio emancipato parens, qui eum exhæredavit: & ideò nulla cauſa eſt,
16 cur non debeamus ei conſentire. *l. non eſt 4. ff. de inoff. teſtam.* Nec quicquam poteſt allegare emancipatus, cur exhæredari non debuerit, cùm nihil juris habeat. *l. 3. ff. eod.* junctâ *l. 4. §. ſi emancipatus verſ. cum poſſit ff. de bon. poſſ. contr. tab.*

Prætor igitur, ut ipſum reddat ſucceſſionis capacem, ac eum præparet ad agendum; & ut poſſit allegare, cur non debuerit exhæredari, & ſe injuriâ affectum oſtendere, dat ei hanc bonorum poſſeſſionem, quâ & jus
17 ſuccedendi conſequitur, & reſcinditur emancipatio, & perindè habetur, ac ſi eſſet in poteſtate. *l. ſed cùm patronus 6. §. 1. ff. de bon. poſſ. d. §. emancipati Inſtit. tit. de hæredit. quæ ab int. verſ. perindè.* Eſt enim hæc bonorum poſſeſſio litis ordinandæ gratiâ eadem, ac bonorum poſſeſſio undè liberi: ſed pendente judicio eſt ſine re; quemadmodùm ea, quæ datur inſtituto ſub conditione, quæ pendente conditione ſine re eſt; exiſtente conditione incipit eſſe cum re. *l. 2. §. 1. l. ſub conditione 5. ff. de bonor. poſſ. ſec. tab. l. 3. §. ſi ſub eâ conditione ff. de bonor. poſſ. contr. tab.* Etenim hæc quoque bonorum poſſeſſio pendet à conditione reſciſſionis teſtamenti.

Prætereà, cùm per querelam inofficioſi teſtamenti petatur, ac vindicetur, & evincatur
18 hæreditas, ut ſuprà probavimus; quo jure emancipatus petat, ac vindicet hæreditatem, in quâ nihil juris habet? Quo jure judex excludet inſtitutum, eumque condemnabit ad reſtituendam hæreditatem ei, qui in eâ nihil juris habet? Querela inofficioſi teſtamenti eſt actio contra jus civile, quod teſtamenta confirmavit. *l. verbis legis ff. de V. S.* Eſt autem moribus introducta, & paulatim cœpit admitti. Valer. Maximam. *lib. 7. cap. 7.* Hæc autem actio dari non poterat emancipatis, qui nihil juris habebant in hæreditatem patris, & ideò nullo colore poterant reſcindere ejus teſtamentum. Prætor igitur, ut ipſi quoque admitterentur, & conſiderarentur tamquàm ſui hæredes, cœpit dare ipſis hanc bonorum poſſeſſionem, quâ ſuis hæredibus pares efficiebat: *d. §. emancipati*: atque ita ipſis quoque cœpit hæc actio communicari. Cùm igitur conſuetudo admiſerit emancipatos ſolùm poſt acceptam hanc bonorum poſſeſſionem, neceſſaria erat emancipatis, qui non ipſo jure ſunt hæredes, ut ſui, ſed per bonorum poſſeſſionem.

CAPUT IX.

Ad l. ei qui ſe 12. ff. de acquir. vel om. hæred.

SUMMARIUM.

1 *Sui hæredes ſine ullo facto proprio, etiam ignorantes & inviti acquirunt hæreditatem miniſterio legis. & 5. 8.*

2 *Prætor volentibus ſolùm indulget beneficium abſtinendi. & 36. & ſeqq.*

3 *Pro hæredibus habentur, quoad commoda, non quoad incommoda. Sed contrà à n. 55. ad 59.*

4 *Facta non finguntur, nec præſumuntur.*

5 *Filius ergò hæres.*

6 *Qui dixit ſe hæredem, pro hærede gerit.*

7 *Suus, qui dicit ſe hæredem non eſſe, probare debet ſe abſtinuiſſe. & 41.*

9 *Filius fit hæres eo ipſo momento, quo pater moritur: & quæ ſint effecta.*

10 *Retinet potiùs hæreditatem, quam acquirit.*

11 *Fit hoc vi patriæ poteſtatis.*

12 *Fit hæres etiam ignorans: explicatur multis exemplis.*

13 *Fit hæres etiam invitus, & hæreditati obligatur, & patrem obligat.*

14 *Fit hæres etiam ſine aditione vel immixtione. & 15. 16. 17.*

18 *Creditores, qui conveniunt filium, probare tantummodò tenentur eum tempore mortis fuiſſe in poteſtate, & primum locum obtinuiſſe.*

19 *Hæres ſtatim ſuccedit in omne jus defuncti, & obligatur creditoribus hæreditariis.*

20 *Suus hæres illis obligatur etiam ſine tutoris & curatoris auctoritate. & 57.*

21 *Immixtio in ſuo idem eſt, ac aditio in extraneo.*

22 *Hæreditas eſt ſucceſſio in univerſum jus tàm quoad commoda, quàm quoad incommoda.*

23 *Servus acquirit domino ignorantè, & invito, exceptâ hæreditate: & quare? & 51. 57.*
24 *Creditores hæreditarii non tenentur probare immixtionem. & 25. & ſeqq. Patri filium ſupervixiſſe præſumitur.*
27 *Refellitur ſententia exiſtimantium beneficium abſtinendi filium tueri ſine ullo ejus facto. & n. ſeqq.*
28 *Non poteſt Prætor efficere, ut non ſit hæres ille, quem lex hæredem facit. & 33.*
29 *Filius eſt hæres antequàm abſtineat, & etiam poſteà. & 38.*
30 *Lex non aufert jus hæredis ei, qui ſemel hæres fuit: declaratur exemplo.*
31 *Filius manet hæres etiam poſtquam abſtinuit: effectus hujus rei.*
32 *Suus hæres, etiam poſtquam abſtinuit, poteſt ſe immiſcere.*
33 *Nec potuit, nec voluit Prætor per beneficium abſtinendi tollere jus ſui hæredis: ſed ſolùm eum non haberi loco hæredis, & quidem non in omnibus & 34.*
35 *Beneficium abſtinendi non obſtat libertatibus, ſubſtitutioni pupillari, & tranſmiſſioni hæreditatis. & 52.*
36 *Extraneus non acquirit hæreditatem niſi facto proprio.*
37 *Suus non gaudet beneficio, niſi de facto abſtineat.*
38 *Abſtinere, & repudiare quomodò differant?*
40 *Suus hæres, antequàm dereliquerit hæreditatem, efficaciter convenitur. & 58 59.*
42 *Probatio voluntatis exigitur ab eo, qui dicit ſe voluiſſe.*
43 *Suus, qui dicit ſe nolle retinere hæreditatem, non tamen abſtinet.*
44 *Non amittit dominium bonorum paternorum, niſi facto aliquo ab eo avellatur.*
45 *Cur pater ſuos hæredes præterire non poſſit?*
46 *Tàm immixtio, quàm abſtentio fit voluntate ſui hæredis.*
47 *Proponitur communis ſententia, & explicatur.*
48 *Exiſtentia ſui hæredis prodeſt tertio. & 49. & 50. 51. & 52.*
49 *50. Exempla, quibus hæres non cogitur ſuſcipere partem vacantem*
52 *Hæreditas à ſuo hærede mortuo ante immixtionem tranſmittitur.*
53 *Tranſmiſſio damnoſæ hæreditatis eſt incommoda.*
54 *Prætor impedit pleroſque effectus ſuitatis in abſtinente.*
55 *Suitas aliquandò nocet ſuo hæredi. & 56. 57. & ſeqq.*
57 *Per hæreditatem non fit melior conditio noſtra.*
61 *Pupillus etiam poſt immixtionem habet beneficium abſtinendi.*
62 *Qui abſtinuit, poteſt intrà certum tempus repetere hæreditatem.*
63 *Quod adimitur ſub conditione, ſub contrariâ dari videtur.*
64 *Conditio in contractibus, non in legatis, retrotrahitur.*
65 *Novatâ ſub conditione obligatione purâ, prior manet obligatus ſub contrariâ conditione.*
66 *Beneficium abſtinendi non efficit, ut ſuus ſit hæres ſub conditione.*
66 *Acquiſitio hæreditatis non recipit conditionem.*
67 *Spes non liberat debitorem.*
68 *Stipulatio vires capit ab initio.*
69 *Non poteſt judex ſupplere abſtenſionem.*
70 *Beneficium abſtinendi non parit exceptionem, ſed à Prætore denegantur actiones.*
71 *Beneficium abſtinendi non operatur ipſo jure, ut communiter creditur.*
72 *Prætor non operatur ipſo jure, maximè cùm legem impugnat.*
73 *Stipulatio contrariâ ſtipulatione tollitur ipſo jure: ſecùs eſt in pactis: & quare?*
74 *Suus, qui vult abſtinere, poteſt id facere ſolâ voluntate, nec tenetur Prætorem adire.*
75 *Si ſuus amovit aliquid ab hæreditate, vel pro hærede geſſit, amittit beneficium abſtinendi.*
76 *Reſtitutio non datur illis, qui ipſo jure muniti ſunt.*
77 *Qui ſe non immiſcuit hæreditati, non indiget reſtitutione.*
78 *Nova interpretatio* l. ei qui ſe bonis ff. de acquir. vel omitt. hæred.
79 *In* libro undecimo ad edictum *Ulpianus pertractavit de reſtitutione in integrum, quæ à Prætore datur minoribus:* in libro duodecimo *de eâ, quæ datur majoribus.*
81 *Veritas non deſiderat verborum adminicula.*
82 *Poteſt filius abſtinere hæreditate patris, & retinere fratris, cui ſubſtitutus erat, hæreditatem.*
83 *Suus, qui abſtinuit hæreditate patris, poteſt petere legatum, ſibi relictum in patris teſtamento.*
84 *Emancipatus omiſſâ hæreditate patris legatum conſequi poteſt.*

IGnoratio prætoriæ juriſdictionis, ejuſque
autoritatis, quam in jure civili corrigendo,
mitigandoque Prætor habebat, multos
errores invexit in juriſprudentiam: idcircò
ad ea explicanda, quæ ſunt juris prætorii,
non invitus aggredior. Sui hæredes ipſo ju- 1
re, ſolâ legis poteſtate, ſine ullo facto proprio,
etiam ignorantes, & inviti fiunt hæredes.
§. *ſui autem Inſtit. tit. de hæred. qual.*
& differ. l. in ſuis ff. de ſuis & legit. hæred.
l. 1. §. qui ſunt in poteſtate ff. ſi quis omiſ.
cauſ. teſtam. Prætor tamen volentibus indul- 2
ſit beneficium abſtinendi, ut eos liberaret ab
oneribus non ſpontè ſuſceptis. *d. §. ſui autem*
l. ſi filius 12. ff. de vulg. & pup l. neceſſariis
57. ff. de acquir. vel omit. hæred. l. nam nec
emancipatus 89. ff. de legat. 1. Hicque interpretes,
quorum ſententia in foro recepta
eſt, hoc ita acceperunt, ut ſui hæredes ab
oneribus liberi ſint, etiam antequàm abſtineant,
& beneficio Prætoris utantur; &, li- 3
cèt in iis, quæ ad eorum commodum perti-

nent , pro hæredibus habeantur , tamen quoad alia non ſint hæredum loco , nec poſſint à creditoribus hæreditariis conveniri. Adeòque , ſi ſuus hæres ab illis conveniatur , debent creditores probare eum bonis paternis ſe immiſcuiſſe , alioquin ſuus hæres erit abſolvendus;quaſi beneficium Prætoris tollat jura ſui hæredis , eoque fruantur etiam antequàm ipſum amplexi fuerint. Hoc falſum eſſe videntur etiam nonnulli ex Pragmaticis, præ cæteris docti,& emunctæ naris interpretes.Nam, ſi ſuus hæres ipſo jure, & ſine ullo facto proprio ſtatim à morte defuncti fit hæres etiam invitus ; & contrà , ſi beneficio abſtinendi non gaudet , niſi de facto abſtineat ; utique
4 ipſe probare debet ſe abſtinuiſſe : facta enim nec finguntur, nec præſumuntur , & probanda ſunt ab allegante. *l. in bello §. facti ff. de capt. & poſtlim. l. adſeveratio* 10. *C. de non numer. pecun.* Creditores, qui conveniunt ſuum hæredem , allegant eum eſſe hæredem. Fundatam habent intentionem ſuam in legis diſpoſitione , quæ ipſum facit hæredem, ſive velit , ſive nolit. *d. §. ſui autem Inſt. tit. de hæredum qual. & differ.* Undè illud Apoſtoli
5 rectè poſſunt uſurpare : *filius , ergò hæres.* Si ſuus hæres contrà nihil allegaverit , non poterit effugere condemnationem : cùm enim à lege hæres declaretur , non poteſt non declarari etiam à judice , niſi velit contra leges judicare : adeòque non poterit non condemnari tamquàm hæres. *l. cùm de lege* 17. *ff. de probat.* Quòd ſi opponat ſe non teneri , & non poſſe condemnari propter Prætoris beneficium , probare debet ſe uſum fuiſſe eo beneficio , & à bonis paternis abſtinuiſſe , & à ſe removiſſe hæreditatem , quam legis miniſterio conſecutus erat. Itaque aut fatetur ſe hæredem eſſe , & tamquàm hæres erit con-
6 demnandus , quia hoc ipſo pro hærede gerit; *l. ſi filius* 12. *ff. de interr. action.* aut negat ſe hæredem eſſe , & docere debet , quomodò jam quæſitam hæreditatem à ſe repulerit : quod cùm efficere non potuerit niſi abſtinendo , utique docere debet ſe abſtinuiſſe hære-
7 ditate paternâ. Qui enim dicit ſe abſtinuiſſe, utique id probare debet. *l.* 2. *l. quoties §.* 1. *l. in exceptionibus in princ. ff. de probat.* Sed hæc expendenda ſunt accuratiùs , & argumentis nihil dubii relinquentibus demonſtranda.

Ac primùm illud certiſſimum eſt , ſuum 8
hæredem ipſo jure fieri hæredem. *§. ſui autem Inſt. tit. de hæred. qual. & differ. l.* 1. *§. qui ſunt in poteſtate ff. Si quis omiſ. cauſ. teſt. l. penult. §. longè ff. de bon. libert.* Et quidem ſit hæres ſtatim , nec ullum , nec minimum quidem momentum intercedit inter mortem patris , & filii acquiſitionem. *d. l.* 1. *§. qui ſunt in poteſtate.* Cujus acquiſitionis factæ à 9
filio eo ipſo momento , quo pater moritur , effectus ſcitû dignos habemus in *l. ſi poſt mortem* 68. *§.* 1. *in l. quæſitum* 91. *§. præſenti ff. de legat.* 1. *l. Julianus* 86. *ff. de condit. & dem. l. ſi optio* 13. *ff. de opt. legat.* Imò nec 10
propriè acquirit hæreditatem , ſed eam retinet : *l. ſi ſervum §. Prætor ff. de acquir. hæred. l. ſed ſi non alias* 86. *ff. de leg.* 1. *l. ſi filius* 11. *ff. de vulg. & pupil.* quia non tàm acquirit dominium rerum paternarum , quàm in eo continuatum dominium , quod & vivo patre habere exiſtimabatur. *l. in ſuis ff. de liber. & poſth.* Quare dicitur ſuus hæres, quaſi ſibi ipſi ſuccedat , non patri : *l. ſcripto* 7. *ff. undè liberi* : quod elegantiùs à Græcis explicatur , qui eum vocant αὐτοκληρονόμον : hoc eſt , *ſui ipſius hæredem.* Nec dicitur hæres fieri per mortem patris, ſed exiſtere : *l. ſi quis filius* 7. *§.* 1. *ff. de acquir. hæred.* quod pariter Græci elegantiſſimè explicant verbo ἀναφαίνεσθαι: hoc eſt , *apparere.* Apparent enim hæredes, & quodammodò emergunt , qui anteà non apparebant , accipientes potiùs liberam bonorum adminiſtrationem , quàm percipientes hæreditatem. *d. l. in ſuis* 11. *ff. de liber. poſth.*

Illud etiam certiſſimum eſt , hanc acquiſi- 11
tionem , ſeu continuationem fieri vi patriæ poteſtatis : *l. conditioni* 5. *ff. de cond. & demonſtr.* adeò ut ad hanc acquiſitionem hoc tantummodò requiratur , ut ſit in poteſtate , ſi quidem ab alio non præcedatur. Quamobrem nec ſcientia , nec voluntas , nec ullum aliud ejus factum deſideratur , ut hæres exiſtat.

Non requiritur ſcientia acquirentis : nam 12

Digitized by Google

etiam ignorans hæres exiſtit. §. *ſui autem Inſt. tit. de hered. qual. & differ.* Itaque & furioſus hæreditatem acquirit, *l. furioſus* 63. *ff. de acquir. hered.* & infans ſtatim ac naſcitur: *l. Lucius* 9. *ff. de jure fiſci*: qui tamen nihil ſcit, nihil intelligit. *l.* 1. §. *furioſum ff. de oblig. & act.* §. *furioſus &* §. *ſed quod diximus Inſt. tit. de inut. ſtip.* Et, qui ignorat patrem ſuum deceſſiſſe, nihilominùs ipſo jure hæres ejus exiſtit; *l. apud hoſtes* 8. *C. de ſuis, & legit. hered. l. qui duos* 10. §. *cùm in bello ff. de reb. dub.* & qui ignorat, quo jure ei delata ſit hæreditas, & ex quâ parte: *l. cùm quidam* §. *ſuum & l. ventre præterito ff. de acquir. hered.* quod ſecùs eſt in extraneis. *l. qui hereditatem* 19. *& l. hæres inſtitutus* 32. *cum ſeqq. ff. de acquir. hered.* Imò, etſi putet hæreditatem ad ſe non pertinere, tamen eam acquirit. *l. liber homo* §. *ult. ff. de ſtipul. ſervor.* Ipſi enim hæreditas acquiritur, ſicut nobis acquiritur, quicquid ſervus noſter acquirit. *l. de hereditate* § *filiusfamilias ff. de caſtrenſ. pecul.* Quarè, etſi filius patri hæreditatem non acquirat ſine ejus juſſu, *l. qui in aliena* 6. *& l. ſi quis mihi* 25. *per tot. ff. de acquir. hered.* tamen hanc hæreditatem ei acquirit etiam ſine ejus juſſu, & ſcientia. *d. l. qui in aliena* §. *interdùm ff. de acquir. hered.* In hâc enim acquiſitione nulla ratio habetur ſcientiæ, cùm omnia fiant neceſſitate legis.

Eâdem de cauſâ non requiritur voluntas ipſius acquirentis, cùm hæc acquiſitio ſit neceſſaria: ac propterea etiam invitis acquiritur. *d.* §. *ſui autem Inſt. tit. de hered. qual. & diff.* & ideò etiam infanti, & furioſo acquiritur, *l. furioſus* 63. *ff. de acquir. hered. l. Lucius* 9. *ff. de jur. fiſc.* quorum nulla eſt vo-
13 luntas. *l. furioſi ff. de reg. jur.* Nec ſolùm acquirit invitus, ſed invitus hæreditati obligatur; *l. lege Corneliâ ff. de teſtam.* ſed & invitum hæreditati patrem obligat, ſi in eâ cauſâ ſit hæreditas, ut patri per filium acquiratur. *l. in aliena* 6. *in princ.* juncto §. *interdùm ff. de acquir. hered.*

Denique nullum factum aditionis aut immixtionis requiritur: *l. in ſuis* 14. *ff. de ſuis*
14 *& legit.* quæ etſi nominet aditionem, non immixtionem, tamen ratio, quam affert, convenit etiam immixtioni. Nam ſi ideò aditio non eſt neceſſaria, quia ipſo jure hæredes exiſtunt; eâdem de cauſâ non erit neceſſaria immixtio. Nec immixtio differt ab aditione, niſi ratione perſonæ, à quâ celebratur: nam, quæ in extraneis vocatur aditio, in ſuis dicitur immixtio. *l. cum bonis* 87. *ff. de acquir. hered.*

Prætereà conſtat ex iis, quæ hactenùs demonſtravimus, hæreditatem à ſuo hærede
etiam ignorante acquiri; imò & ab eo, qui 15
putat hæreditatem ad ſe non pertinere. Atqui ignorans non miſcet ſe hæreditati. *d. l. cum bonis* 87. *ff. de acquir. hered.* Multò minùs ſe autem miſcet invitus: & tamen hic etiam acquirit.

Denique ſuus hæres acquirit hæreditatem, ſicut acquirimus per ſervos noſtros. *l. de hered.* §. *filiusfam. ff. de caſtrenſ. pecul.* Sed per ſervos noſtros ſine ullo facto nobis acquiri-
tur, imò & nobis vetantibus. *l. ſervus vetante ff. de V. O. l. nunquàm* 31. §. *ſi ſervus ff. de uſurp. & uſucap. l. quemadmodum* 46. *ff. de jure dot. l. etiam invitis ff. de acquir. rer. dom.* §. *item vobis Inſtit. tit. per quas perſon. cuiq. acquir.* 16

Quo factum eſt, ut in *l.* 3. *C. de jure delib.* in extraneis quidem requiratur aditio, in
ſuo autem nihil deſideretur. Et *l.* 2. §. *ſi quis* 17
ex liberis ff. ad S. C. Tertull. in poſthumo extraneo requirit, ut agnoverit bonorum poſſeſſionem, antequàm deceſſerit; in ſuo autem nihil aliud deſiderat, quàm ut ſuus agnoſcatur. Hoc enim ſolùm ei tribuit idem jus, quod extraneo petita bonorum poſſeſſio. Similis textus in *l. duos* 10. §. *cùm in bello ff. de rebus dub.* ubi certò non poterat conſtare de immixtione filii, cùm ignoraretur, ante nè, an poſt patrem deceſſiſſet; & tamen reſponſum fuit, eum hæreditatem patris acquiſiviſſe, & ad hæredes tranſmiſiſſe. Similis text. in *l. apud hoſtes C. de ſuis & legit. hered.* in quo filia ignorabat patrem apud hoſtes deceſſiſſe, adeòque non poterat ſe miſcere bonis paternis; *l. cum bonis ff. de acquir. hered.* & tamen ſua hæres extitit, & decedens quæſitam ſine ullâ immixtione hæ-

reditatem tranſmiſit ad hæredes. Similes ſunt text. in *l. de hæreditate* §. *filiusfam. ff. de caſtrenſ. pec. in l. ex militari* 11. *& ſeqq. ff. de milit. teſtam.*

His probè conſtitutis, quæ in controverſiam adduci non poſſunt, illud neceſſariò
18 conſequitur, creditores, qui conveniunt ſuum hæredem, hoc ſolùm probare debere, eum conventum eſſe ſuum hæredem: hoc eſt, fuiſſe in poteſtate defuncti, & primum locum in ſucceſſione obtinuiſſe: quæ duo tribuunt jus ſui hæredis. Hoc enim probato ſatis funda-
19 runt intentionem ſuam. Cùm enim non poſſit eſſe ſuus hæres, quin ipſo jure ſtatim defuncti hæres exiſtat, ut demonſtravimus, & hæres ſtatim ſuccedat in omne jus defuncti, *l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.* & eadem cum defuncto perſona cenſeatur, *auth. de jurejur. in præfat.* utique tenetur reſpondere creditoribus hæreditariis, *l. 2. C. de hæred. vel act. vend.* & onera hæreditaria ſubire. *l. pacto* 26. *C. de pact.* Nec poſſunt adſtringi creditores ad probandum quicquam aliud præter ſuitatem, cùm hæc ſola ſufficiat ad conſtituendum ipſum hæredem etiam ignorantem, & invitum, eumdemque hæreditati obligandum, ut demonſtravimus. An enim ab eis exigetur probatio ſcientiæ, aut voluntatis, aut alicujus facti; ſi hæc ad acquirendam hæreditatem non ſunt neceſſaria in ſuo hærede? Suſtulit has omnes defenſiones ſuo hæredi legis neceſſitas. Imò ſuſtulit etiam pupillaris, aut minoris ætatis, aut furoris excuſationem, quæ in nullâ aliâ cauſâ ſolet
20 umquàm deficere. Nam & pupillus hæreditati obligatur ſine tutoris autoritate, & furioſus. *l. more* 8. *ff. de acquir. hæred. l. furioſus* 63. *ff. eod.* Nulla igitur defenſio ſupereſt ſuo hæredi ad excludendos creditores.

At enim interpretes noſtri exigunt, à creditoribus probationem immixtionis. Quo jure id exigant, ignoro. Certè hâc ratione ſuum hæredem redigunt ad ſimilitudinem hæredis extranei, cùm idem ſit immixtio in
21 ſuo hærede, quod aditio in extraneo. *l. cum bonis ff. de acquir. hæred.* Et ſicut in extraneo exigunt probationem aditionis, ita exigunt probationem immixtionis in ſuo hærede. Itaque nullus ſupereſt effectus ſuitatis. Neque poteſt defendi ſuos hæredes quoad commoda tantùm hæredes eſſe, antequàm ſe immiſceant; non quoad incommoda. Quis enim umquàm audivit, hæreditatem non eſſe ſuc- 22
ceſſionem in univerſum jus contra *text. in l. hæredit.* 62. *ff. de reg. jur. & in l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.* aut hæreditatem damna & incommoda non comprehendere? *l. hæreditatis ff. de V. S. l. ſi hæreditatem ff. mandat. l. 1. ff. de bon. poſſ.* Adeò ut, licèt ſervus etiam 23
ignoranti, & invito domino acquirat; tamen ab hâc regulâ nos recedere cogat natura hæreditatis, cui omninò repugnat eam acquiri ſolùm quoad commoda, non autem, quoad incommoda: quapropter hæreditas nonniſi jubenti domino per ſervum acquiritur. §. *item vobis verſic. ſed ſi hæres Inſt. tit. per quas perſon. cuique acquir. l. acquiritur* 10. §. 1. *verſic. ideòque ff de acquir. rer. dom. l. qui in aliena* 6. *in princ. & l. ſi quis mihi* 25. §. *juſſum ff. de acquir. hæred.* Sed hâc de re poſtmodùm dicemus uberiùs: modò ad rem redeamus.

Contrà veteres Juriſconſulti hanc proba- 24
tionem immixtionis numquàm exegerunt. *l. qui duos* 10 §. *cùm in bello ff. de reb. dub.* Pater & filius in acie ſimul mortui erant, putà in eodem prælio: & ignorabatur, quiſnam priùs mortuus eſſet. Concurrebant ad hæreditatem Agnati Patris, & Mater. Agnati Patris petebant ejus hæreditatem. Mater filii defuncti allegabat, Patris hæreditatem filio tamquàm ſuo hæredi quæſitam fuiſſe, & ideò bona illa cum hæreditate filii ad ſe fuiſſe devoluta. Ad Matrem admittendam, & excludendos Agnatos duo erant neceſſaria: & ut Pater præmortuus eſſet filio, & ut filio fuiſſet acquiſita Patris hæreditas ante mortem. Et filium quidem Patri ſupervixiſſe præſumendum eſſe Divus Adrianus credidit. Non poterat tamen Mater probare immixtionem filii, quæ præſumi non poterat, cùm ambo in eodem prælio cecidiſſent. Verùmtamen cùm ageretur de ſuo hærede, qui ſtatim ipſo jure etiam ignorans hæres exiſtit, non exegit Juriſconſultus probationem immixtionis, & admiſit Matrem ad hæreditatem, quæ utique exclu-

Digitized by Google

excludenda eſſet, ſi probanda eſſet immixtio, quæ eo caſu probari non poterat; imò erat omninò improbabilis, & inveriſimilis. In *l. cùm de hæreditate §. filiusfam. ff. de caſtr. pecul.* filius de caſtrenſi peculio teſtamentum fecit, ignorabat Patrem in cujus erat poteſtate,
25 deceſſiſſe, atque ita mortuus eſt. Agnati Patris vindicabant hæreditatem Patris ab inteſtato. Heredes ſcripti in teſtamento petebant eadem bona, tamquàm filio jam quæſita, & ad ſe delata cum ejus hæreditate. Non poterant hi probare immixtionem filii, quia non poterat ſe miſcuiſſe bonis paternis, cùm ignoraret Patrem deceſſiſſe. Nihilominùs tamen JC. eos admittit ad hæreditatem filii ſimul, & patris. In *l. 2. §. ſi quis ex li-*
26 *beris ff. ad S. C. Tertull.* miſſus fuit venter in poſſeſſionem, mox natus eſt poſthumus, & deceſſit ante petitam bonorum poſſeſſionem. Quæſitum fuit, án Matrem excluſiſſet. Diſtinguit: ſi ſuus hæres agnoſcitur, excludit: ſin minùs, non excludit. Non ſupponitur hîc immixtio: nam ſi ſe miſcuiſſet, utroque caſu Matrem excluderet.

Sublatis hiſce defenſionibus ſupereſt tantummodò filio beneficium abſtinendi, quo ſe tueri poſſit à creditoribus, à quibus tamquàm ſuus hæres convenitur. Atque hoc beneficio ſatis tutum eſſe filium exiſtimant, quia, cùm ſit à jure introductum, etiam ſine ullo facto hominis operatur, & producit ef-
27 fectum. Sed hîc in tres graviſſimos errores incurrunt. Primò, quia beneficium hoc abſtinendi, non à lege fuit introductum, quæ ipſo jure efficit, quod præcipit, ſed à Prætore, qui non potuit tollere jura ſui hæredis. Secundò, quia Prætor, etſi potuiſſet, noluit tamen tollere jura ſuorum hæredum, proponendo hujuſmodi beneficium. Tertiò, quia non propoſuit hoc beneficium abſolutè, ſed pollicitus eſt ſe daturum illud tantummodò volentibus eo uti. Singillatim hæc omnia explicemus, & confirmemus.

Non potuit Prætor tollere jus ſui hæredis, ſeu, ut noſtri aïunt, ſuitatem. Cùm enim hoc jus à legibus duodecim tabularum ſit conſtitutum, *§. ſui autem verſic. neceſſarii Inſt. tit. de hæred. qual. & differ.* non poteſt Prætor hoc jus tollere, cùm non poſſit juri derogare. *l. 1. §. 1. ff. de feriis.* Et cùm non poſſit Prætor hæredem facere, *§. quos autem* 28
Inſtit. tit. de bonor. poſſeſ. multò minùs poteſt efficere, ut non ſit hæres ille, quem ipſa lex hæredem facit. Itaque non ſolùm hæres eſt filius, antequàm abſtinuerit, ſed etiam poſtquàm abſtinuit, & uſus eſt beneficio Prætoris, tamen hæres manet; *l. cùm quaſi 30. §.* 29
ſed etſi ſuus ff. de fideicom. libert. & etiam, poſtquàm abſtinuit, tenetur creditoribus jure civili. *l. neceſſariis ff. de acquir. hæred.* Atque id evenit etiam in aliis remediis. *l. ait Prætor 7. §. ſed quòd Papinianus ff. de minor.* Imò nec ipſa lex aufert jus hæredis ei, qui 30
ſemel hæres extitit. Etenim lex Ælia Sentia tunc ſolùm permittit ſervum, in fraudem creditorum hæredem inſtitutum, liberum, & hæredem eſſe, cùm nemo alius ex teſtamento hæres eſſe poteſt. *l. ſi is qui ſolvendo 57. ff. de hæred. inſtit.* Verùmtamen, ſi priùs ſervus hæres fuerit, & poſteà alius ex eo teſtamento hæres ſit, non avocat hæreditatem à ſervo, nec deſinit eſſe hæres, cùm ſemel extiterit, ut in exemplo propoſito in *l. ei qui ſolvendo 88. ff. de hæred. inſtit.*

Neque hoc eſt ſine effectu. Primùm enim, etiamſi filius abſtinuerit hæreditate, tamen non corruit teſtamentum, in quo fuit inſti- 31
tutus, ſicut corruit, alio hærede inſtituto repudiante. *princ. tit. Inſtit. de hæred. quæ ab int. defer.* Quamobrem & libertates eo teſtamento datæ debentur, *l. cùm quaſi §. ſed etſi ſuus ff. de fideic. libert.* quæ non deberentur extraneo repudiante. *l. 1. C. de fideic. libert.* Et ſuo hærede abſtinente nihilominùs ſuſtinetur & confirmatur ſubſtitutio pupillaris, *l. Julianus & l. quæſitum ff. de acquir. hær.* quæ evaneſcit non aditâ hæreditate. *l. 2. §. 1. ff. de vulg.* Prætereà licèt hæreditas, ſemel repudiata, ampliùs adiri non poſſit, *l. 4. C. de repud. hæred.* tamen ſuus hæres, etiam poſtquàm abſtinuit, poteſt iterùm ſuſcipere 32
hæreditatem, quia penitùs hæres eſſe non deſiit. *l. ſi quis ſuus ff. de jure delib. l. ult. C. de repud. hæred.* Imò & pro hærede gerendo, ac miſcendo ſe bonis, etiam poſtquàm abſtinuit, hæres fit, niſi alio animo, alioque no-

Digitized by Google

mine, ac titulo attigerit bona hereditaria. *l. 1. & 2. C. de repud. hæred. l. pro hærede §. Papiniano ff. de acquir. hered.*

Non potuit igitur Prætor tollere jus ſui hæredis, nec efficere, ut ſuus hæres non eſſet, cùm legis neceſſitate ſuus hæres eſſet. Solùm potuit Prætor eum non habere hæredis
33 loco; & ſanè hæredis loco non habet, poſtquàm ſe abſtinuit. *l. ſi filius 12. ff. de interrog. action.*

Sed nec voluit Prætor tollere jus ſui hæredis. Voluit quidem eos non haberi hæredis loco, quantùm attinet ad retinendam hære-
34 ditatem, & ſuſcipienda commoda, & incommoda hæreditaria: non tamen voluit eos per omnia hæredis loco non eſſe. Quocircà noluit penitùs abolere jus ſui hæredis, etiamſi ſi quis admiſerit eum potuiſſe. Itaque & patitur liberos eſſe ſervos, qui in teſtamento, in quo ſuus hæres fuit inſtitutus, libertatem acceperunt; & eos utique pro liberis habet: nam ſine ullâ exceptione dicuntur li-
35 bertatem conſequi in *l. ſciendum ff. de manum. teſt. in l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus ff. de fideicom libert.* Nec repellit ſubſtitutum pupillarem. *l. ſi filius 12. ff. de vulg.* Nec impedit tranſmiſſionem hæreditatis, quæ fit à ſuo hærede etiam ignorante. *l. apud hoſtes C. de ſuis & legit. hæred.* Denique ea omnia, quæ ſuprà à nobis expoſita ſunt de ſuo hærede, tradita fuerunt à veteribus Juriſconſultis poſt introductum à Prætoribus abſtinendi beneficium; ex quibus conſtat, quòd hujuſmodi beneficium non tollit jura ſuorum hæredum: & quòd ſalva manet ſuitas etiam poſt inventum beneficium abſtinendi.

Demùm in hoc errant, quòd putant beneficium abſtinendi operari, & enervare vires ſuitatis, etiam antequàm ſuus hæres abſtineat. Neque enim hoc Prætori propoſitum fuit, eximere liberos ab hæreditate, etiam antequàm abſtinerent. Fingamus igitur Prætorem habuiſſe ſupremam poteſtatem omninò
36 parem legi, & potuiſſe convellere funditùs, & penitùs abolere jura ſuorum hæredum: tamen cùm hoc non fecerit, ſed ſolùm propoſuerit hoc beneficium abſtinere volentibus; non poteſt hujuſmodi beneficium quicquam operari, & vires ſuas exerere antequàm ſuus hæres abſtinuerit: hoc eſt, voluerit hoc beneficio uti. Exemplo rem planiùs explicabo. Lex, quæ ſupremam habet poteſtatem, poteſt aliquem etiam invitum hæredem facere, ipſo jure, & ſine ullo ipſius facto. Et quidem hâc poteſtate utitur in ſervis, & in ſuis hæredibus, quos facit hæredes neceſſarios, & in eos transfert hæreditatem etiam ignorantes, & invitos. *§. 1. & 2. Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.* Contrà verò in extraneis hâc poteſtate non utitur, ſed ipſos volentes ad hæreditatem admittit, & dat ipſis jus deliberandi, & facultatem adeundi, vel repudiandi hæreditatem. *§ extraneis Inſt. tit. eod.* Hi autem non acquirunt hæreditatem ipſo jure, & ſine facto proprio, ſed neceſſè eſt ut eam adeant: *§. item extraneis Inſt. eod.* hoc eſt, neceſſè eſt ut utantur facultate adeundi, quam ipſis lex conceſſit: nec antè conſequuntur aliquod jus, quàm hæreditatem adierint. *l. ſi juſſu 44. in fin. ff. de furt.*

Eâdem ratione Prætor non dedit beneficium abſtinendi invitis; non eos ipſo jure liberavit; non ſuſtulit jura ſuorum hæredum: ſed dedit hoc beneficium volentibus: hoc eſt, dedit facultatem abſtinendi ab hæreditate ipſo jure quæſitâ, ſi voluerint ab eâ abſtinere. Itaque ſicut hæres extraneus non gaudet 37
commodo hæreditatis antequàm adeat: ita nec ſuus hæres gaudet commodo hujus beneficii, antequàm eo utatur: hoc eſt, antequàm abſtineat. Itaque rectè Ulpianus in *l. 1. § qui ſunt in poteſtate ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* dixit: *Qui ſunt in poteſtate, ſtatim hæredes ſunt ex teſtamento, nec, quod abſtinere poſſint, quicquam facit.* Nimirùm facultas abſtinendi non impedit quominùs ſint hæredes antequàm abſtineant; & quidem ſint hæredes pleno jure: nam hæredes ſine re manent etiam poſtquàm abſtinuerint. *l. cùm* 38
quaſi 30. §. ſed etſi ſuus ff. de fideicom. libert. Beneficium enim abſtinendi nihil operatur, niſi volente ſuo hærede. Antequàm is declaraverit ſuam voluntatem, perindè eſt, ac ſi hoc beneficium nunquàm fuiſſet introductum. Neque enim Prætor dedit ſuis hæredibus facultatem repudiandi hæreditatem; ſed

Digitized by Google

beneficium abſtinendi. Beneficii nomen indicat, id non concedi niſi volentibus. *l. in-*
38 *vito ff. de reg. jur.* Abſtinendi verbum demonſtrat, id non concedi niſi quæſitâ jam hæreditate. Abſtinere enim dicimur ab hæreditate jam acquiſitâ; *l. 1. §. ſi quis adita ff ad SC. Tertull. l. jam dubitari 86. §. ult. ff de hæred inſtit. l. cum hæreditate 55. & l. pen. ff. de acquir. vel om. hæred.* repudiare autem hæreditatem jam delatam, ſed nondum quæſitam. *l. 1. §. decretalis ff. de ſucceſ. edict.*

Et ſanè, quòd Prætor ſolùm volentibus hoc beneficium largiatur, tradidit Imperator noſter in §. *ſui autem Inſtit. tit de hæred. qual. & differ.* ibi *ſed his Prætor permittit volentibus abſtinere hæreditate.* Non præcipit, ut abſtineant: non liberat eos ipſo jure ab oneribus hæreditariis: ſed ipſis *permittit*, ut abſtineant, & quidem permittit
39 ſolùm *volentibus.* Itaque antequam velint, nullum effectum habere poteſt hæc Prætoris permiſſio. Qui permittit alicui ut faciat, nihil ei tribuit antequàm fecerit. Tradiderat & ante ipſum Cajus in *l. neceſſariis ff. de acquir. vel omit. hæred.* ibi *abſtinendi ſe ab hæreditate Proconſul poteſtatem facit, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure Civili teneantur, tamen in eos actio non detur, ſi*
40 *velint derelinquere hæreditatem.* Derelinquunt igitur hæreditatem, cùm ſe abſtinent, atque id faciunt ſolummodo ſi velint. Si derelinquunt, ergo antequam eam derelinquerent, obtinebant. Et ſi non datur in eos actio, cùm dereliquerunt hæreditatem, antequam derelinquant, in eos à Prætore actio datur, & quidem efficax: nam & jure Civili tenentur, ut ait Cajus; & tenentur etiam jure Prætorio, quo in eos actionem dat, & pro hæredibus habet, antequàm voluerint derelinquere hæreditatem: neque enim Prætor invitos removet ab hæreditate. *l. ſi Filius 12. ff. de vulg.* Antequàm igitur voluerint derelinquere hæreditatem, non removet eos ab hæreditate: itaque pro hæredibus eos habet: & cùm polliceatur ſe denegaturum actionem, cum voluerint eam derelinquere, utique non denegat actiones antequàm velint hæreditatem derelinquere. Tenentur igitur creditoribus tam jure Civili, quàm jure Prætorio, antequàm ſe abſtineant: neque enim hoc caſu prodita eſt à Prætore ulla exceptio, quâ ſe tueri poſſint, antequam beneficio Prætoris utantur.

His illud etiam conſequens eſt, quod ſui hæredes cogi debent ad probandam abſtentionem. Etenim cùm à Prætore eorum vo- 41
luntas exigatur, hanc voluntatem ipſi probare debent. Sicut enim aditio, licèt nuda voluntate fiat, §. *ult. Inſt. tit. de hæred. qual. & differ. l. ſi avia C. de jure deliber.* probanda eſt ab eo, qui allegaverit quempiam hæredem eſſe, ut communiter fatentur omnes, quia facta probanda ſunt ab allegante, ut initio diximus: ita licèt abſtentio fieri poſſit nudâ voluntate, tamen probanda erit à ſuo hærede, qui eam allegat, & per abſtentionem contendit ſe eſſe liberatum à creditoribus, quibus jure Civili tenetur. *d. l. neceſſariis ff. de acquir. vel om. hæred.* Nam 42
&, qui dicit, probare debet, *l. 2. ff. de probat.* & hæc probatio ab eo exigitur etiam cùm agitur de probanda voluntate. *l. 3. & l. cum qui ff. eod.*

Confirmatur quia abſtentio requirit factum amovendi, ac repellendi, ſeu derelinquendi hæreditatem. Cum enim hæreditas ſit jam acquiſita ſuo hæredi, non poteſt ab eo amitti ſine aliquo facto, quo à ſe abigat hæreditatem. *l. id quod noſtrum 11. ff. de reg. jur.* Quocirca qui dicit ſe nolle retinere hæreditatem, non tamen idcirco abſtinet hæreditate, eamque amittit. Sed ne- 43
ceſſe eſt ut re vera abſtineat, & derelinquat hæreditatem: adeoque, & qui dixit ſe nolle retinere hæreditatem, tamen poteſt poſtea abſtinere; & ſi quid poſteà amoverit, amittit beneficium abſtinendi. *l. ſi ſervum §. Prætor ff. de acquir. hæred.* Aliud enim eſt dicere ſe nolle retinere hæreditatem, aliud eſt re vera hæreditatem derelinquere. Cum igitur hujuſmodi factum derelinquendi hæreditatem ſit neceſſarium, non poteſt dubitari ſuum hæredem, qui hoc facto ſe tuetur, ipſum probare debere. Suus hæres eſt

Digitized by Google

in poſſeſſione ſuitatis, ex quâ neceſſariò promanat hic effectus, ut ſit hæres, qui effectus eſt neceſſariò conjunctus cum ſuitate. Quapropter ſi dicit ſe non eſſe hæredem, nec teneri creditoribus hæreditariis, ipſe probare debet. Argumento text. *in l. circuſſ. de probat.*

Item comprobatur, quia continuatio illa dominii in ſuis hæredibus, de quâ *in l. in ſuis ff. de liter. & poſt.* tolli non poteſt, & ab ipſis avelli, niſi aliquo facto, & certâ
44 aliquâ declaratione. Quarè pater, licèt haberet in liberos jus vitæ, & necis; *d. l. in ſuis.* licèt haberet à lege XII. tab. pleniſſimam facultatem diſponendi de rebus ſuis; *l. verbis legis ff. de V. S.* tamen ſi filium prætereat in teſtamento, non valet teſtamentum. *l. ſi filius 7. l. Gallus §. in omnibus*
45 *l. inter cætera 30. ff. de lib. & poſt.* Non aliâ ratione, niſi quia priuſquàm dominium transferat in alium, debet illud à filio avocare; & filium expreſsè exhæredare, ut poſſit alium inſtituere. *l. 1. 2. & 3. ff. de lib. & poſt.* Filius igitur non poteſt hujuſmodi dominium amittere, niſi facto aliquo ab eo adimatur, & avellatur undè efficitur, ut hoc dominium non amittat ex ſolâ poteſtate abſtinendi; ſed neceſſarium ſit factum ipſum abſtinendi. Hoc autem factum utique probandum eſt ab ipſo, qui in eo fundat defenſionem ſuam.

Denique duo ſunt actus contrarii, qui fieri poſſunt à ſuo hærede: immixtio, & abſtentio. Utraque deſiderat voluntatem ſui
46 hæredis. Non ſe immiſcet ſuus hæres, niſi habeat animum ſe immiſcendi. *l. eum bonis ff. de acquir. hæred.* Non ſe abſtinet ſuus hæres ſine voluntate ſe abſtinendi, cùm beneficium abſtinendi ſolùm volentibus detur. *§. ſui autem Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.* Cùm ſuus hæres convenitur à creditoribus hæreditariis, quæritur an probanda ſit immixtio, vel abſtentio. Abſurdum autem eſt exigere probationem immixtionis ab iis, pro quibus militat ratio ſuitatis, quæ ipſo jure hæredem facit: non autem exigere probationem abſtentionis ab eo, contra quem militat eadem ratio ſuitatis, & qui ſemper hæres erit, niſi ab hæreditate abſtinuerit. Utriuſque actus par eſt conditio. Uterque enim agentis voluntate perficitur. Uterque deſiderat probationem: cùm enim in facto conſiſtat, non præſumitur; ſed immixtio non allegatur à creditoribus, qui habent intentionem fundatam in ſuitate, & ideò ab ipſis probanda non eſt. Contrà abſtentio allegatur à ſuo hærede, qui convenitur, & ſe tuetur adversùs neceſſitatem ſuitatis: & ideò ab eo probanda eſt.

His expoſitis progrediamur ad ea expendenda, quæ ſtatuunt Bartolus, & Pragmatici in hac controverſia. Eorum eſt illa diſtinctio. Aut agitur de commodo, & utili- 47
tate ſui hæredis: & tunc habet effectum ſuitas, & nihil operatur beneficium abſtinendi, antequàm re verâ ſuus abſtineat. Aut agitur de incommodo, & damno ſui hæredis: & tunc beneficium abſtinendi infirmat jus ſui hæredis, & enervat vires ſuitatis, etiam antequàm ſuus hæres re verâ abſtineat, & declaret ſuam voluntatem. Aut denique agitur de re, quæ ad ſuum hæredem non pertinet, ſed continet commodum, aut incommodum tertii: & tunc pariter nihil operatur exiſtentia ſui hæredis; per text. *in l. 1. §. ult. ff. ut in poſſeſſ. legat. & in l. etſi 6. §. ſi filius ff. de bon. libert.* Hujus diſtinctionis prima pars veriſſima eſt: reliquas duas perpendamus: & à poſtremâ ordiamur.

Quòd exiſtentia ſui hæredis vires ſuas exerat, & effectum habeat etiam quoad tertium, ſatis conſtat ex *l. ſi poſt mortem 68. §. ſed ſi ſervo ff. de legat. 1.* Ubi quidam 48
ſervo legavit poſt mortem domini. Dominus moriens eum ſervum teſtamento manumiſit. Diſputat ibi Cajus, cui acquiratur legatum; utrum ſervo manumiſſo, an per ſervum hæreditati. Diſtinguit autem inter hæredem extraneum, & ſuum. Si teſtator inſtituit hæredem extraneum, acquiritur legatum per ſervum hæreditati, & hæreditati acquiſitum poſteà pertinet ad hæredem adeuntem hæreditatem. Quòd ſi inſtitutus ſit ſuus hæres, quia eodem tempore cedit dies legati, & ſuus exiſtit hæres, tunc legatum ipſi ſervo

Digitized by Google

manumiſſo acquiritur. Nam ſuus hæres ſta-
tim hæres exiſtit à morte teſtatoris, & ideò,
cùm ſtatim fiat liber ſervus, ſibi acquirit
legatum, quod eodem tempore, ac mo-
mento cedit, quo libertatem conſequitur,
& capax eſt acquiſitionis. En igitur, quòd
ſuitas, & exiſtentia ſui hæredis vergit in
commodum, & utilitatem ſervi, cui lega-
tum acquiritur.

Rurſus in *l. cum hæreditate 5 ς. ff. de acq.
vel omit. hæred.* datus erat cohæres ſuo hæ-
49 redi. Cohæres antequàm filius abſtineret,
adivit hæreditatem pro ſuâ portione. Poſteà
ſuus hæres abſtinuit. Si eſſet extraneus, &
repudiaſſet hæreditatem, pars ejus cohæredi
etiam invito accreſceret. *l. un. §. his ita C.
de caduc. toll. l. qui ex duabus §. 1. ff. de
acquir. hæred. l. ſi ex pluribus ff. de ſuis, &
legit. hæred.* Sed quia ſuus hæres abſtinuit,
qui antequàm abſtineret jam hæres erat,
excuſatur cohæres, qui portionem ſuam adi-
vit, cùm ſciret alteram portionem ſuo hæ-
redi quæſitam: nec cogitur eam portionem
ſuſcipere. *d. l. cum hæreditate.* Ne tamen
deſtruatur illa regula, quâ traditum eſt ne-
minem poſſe partem hæreditatis ſuſcipere,
partem repudiare; ſed aut totam agnoſcere
debere, aut à totâ recedere; *l. 1. & 2. ff.
de acquir. hæred. l. quidam in fin. C. de jur.
delib. l. ſed ſi plures §. filio ff. de vulgar.*
conſtitutum fuit in ejus arbitrio, utrum
portionem vacantem accipere velit, an
omittere portionem, quam accepit. Imò ſi
creditores dicant ſe contentos parte vacan-
te, poterit portionem ſuam retinere, &
omittere portionem vacantem, quæ inter
creditores diſtribuetur. Conſtat igitur ſuum
hæredem, adeò antequàm abſtineat, hære-
dem exiſtere; ut nihil objici poſſit cohære-
di, qui reliquam portionem adivit, cur
putaverit diviſam jam eſſe hæreditatem, nec
cogitaverit eam vacare poſſe per beneficium
abſtinendi. Quod pariter conſtitutum eſt in
extraneo minore, qui adivit hæreditatem:
50 licèt enim per reſtitutionem in integrum
poſſit eam omittere; tamen quia ante reſ-
titutionem verè hæres erat, non cogitur co-
hæres portionem ejus vacantem beneficio
reſtitutionis ſuſcipere. *l. ſi minor ff. de acquir.
hæred.* Non minùs igitur hæres exiſtit ſuus
hæres, antequam ſe abſtineat; quàm mi-
nor, qui adivit hæreditatem, antequàm
reſtituatur. Atque hoc prodeſt cohæredi,
qui non cogitur invitus ſuſcipere partem va-
cantem.

Alterum exemplum, in quo ſuitas, &
exiſtentia ſui hæredis parit effectum quoad
tertium, peti poteſt ex *l. qui in alienâ 6. §.
interdum ff. de acquir. vel omit. hæred.* Hæ- 51
reditas delata filio, & ſervo non acquiritur
patri, & domino, niſi eorum juſſu adea-
tur, ne æri alieno inviti obligentur. *d. l.
qui in alienâ in princ. l. ſi quis mihi 25. §.
juſſum ff. de acquir. hæred. § item vobis Inſtit.
tit. per quas perſon. cuiq. acquir. l. acquirun-
tur 10. §. igitur ff. de acquir. rer. dom.* Si
tamen delata ſit hæreditas ſuo hæredi, ſta-
tim eam acquirit patri, non ſolùm ſine juſſu
ejus, ſed etiam ignoranti, & invito. *d. l.
qui in alienâ §. interdum.*

Denique ſuus hæres, etſi deceſſerit, an-
tequàm ſe miſceret bonis paternis, aut abſ-
tineret; imò etſi deceſſerit, antequàm ſci-
ret patrem defunctum fuiſſe, tamen tranſ- 52
mittit hæreditatem ad hæredes ex teſtamen-
to, vel ab inteſtato: *l. de hæreditate § fi-
liusfam. ff. de caſtr. pecul. l. ex militari 11.
& l. ſeq. de milit. teſtam. l. qui duos §. cùm
in bello ff. de reb. dub. l. Lucius 9. ff. de jure
fiſc. l. 2. §. ſi quis ex liberis ff. ad S. C.
Tertull. l. apud hoſtes C. de ſuis, & legit.
hæred* cùm contrà hæres extraneus hæredita-
tem non aditam non tranſmittat. *l. quoniam
ſororem l. ſi infanti §. ſin verò C. de jur. delib.
l. un. §. in noviſſimo C. de caduc. tollen.* Sui-
tas igitur hunc operatur effectum quoad hæ-
redes, ut ad eos tranſmittatur hæreditas,
etiamſi ſuus hæres mortuus ſit, antequàm
hæreditati ſe immiſceret.

Et quamvis Bartolus, & alii putent, hunc
ex ſuitate proficiſci, quia reſpicit favorem,
& commodum ſui hæredis tranſmittentis, ta-
men eos ſatis doctè reprehendit doctiſſimus
Antonius Faber *de error. Pragm. decad. 31.* 53
error. 9. quia pertinet ad commodum ſui
hæredis ſolùm tranſmiſſio hæreditatis opu-

lentæ, & lucroſæ, non hæreditatis damnoſæ: & tamen quælibet hæreditas etiam damnoſa tranſmittitur. Incertum eſt igitur commodum ſui hæredis: at certus eſt, & indubitatus effectus ſuitatis quod ad hæredes, ad quos hæreditas tranſmittitur.

Ex his conſtat, quòd exiſtentia ſui hæredis operatur, & ſuos effectus producit etiam quoad tertios. Nec contrarium traditum eſt in legibus, quæ à Bartolo contrà afferuntur. Nam *in l. 1. §. ult. ff. ut in poſſeſſ. legat. & in l. etſi 6. §. ſi filius ff. de bon. liber.* agitur de hæreditate, à quâ filii abſ-
54 tinuerunt. Poſtquàm ſuus hæres abſtinuit, Prætor pleroſque effectus ſuitatis impedit, quia etſi maneat hæres jure Civili, tamen à Prætore hæredis loco non habetur. *l. ſi filius ff. de interrog. action.*

Altera quoque pars diſtinctionis falſa eſt. Nam quòd exiſtentia ſui hæredis vires, & effectum habeat etiam quando agitur de incommodo, damnoque ſui hæredis, probatur evidenter ex *l. ſi poſt mortem §. 1. ff. de*
55 *legat.* 1. quam ſuprà expoſuimus. Ibi enim legatum, quod acquireretur hæredi, ſi hæres eſſet extraneus, acquiritur ipſi ſervo, quando inſtitutus eſt ſuus hæres. Nocet igitur ipſi ſuitas, cùm amittat legatum, quod eſſet acquiſiturus.

Prætereà ſuus hæres acquirit hæreditatem, etiamſi furioſus ſit: *l. furioſus 63. ff. de*
56 *acquir. hæred.* & pupillus acquirit ſine tutoris autoritate, & non ſolùm acquirit, ſed hæreditati obligatur, *l. more* 8. *ff. de acquir. hæred.* Imò etſi fuerit inſtitutus ſub conditione poteſtativâ, poteſt ſine tutoris autoritate conditionem implere licèt, impletâ conditione fiat hæres neceſſarius, quia fit hæres jure poteſtatis, non impletæ conditionis. *l. conditioni 5. ff. de cond. & demonſtr.* hæc autem vergunt in damnum, & incommodum pupilli, & furioſi. Nam quòd pupillus hæreditatem adire non poſſit ſine tutoris autoritate, in ejus favorem, & commodum conſtitutum eſt: tum ne creditoribus hæreditariis obligetur; tum ne ſuſcipiat damnoſam hæreditatem; tum ne vexationibus, inſidiis, negotiorum multitudini, offenſis, invidiæ fiat obnoxius. *l. quia poterat 4. in fi. ff. ad S.C. Trebell. d. l. more 8. ff. de acquir. hæred. l. ſi hæreditatem 22. ff. mand. l. obligari 9. §. hæreditatem ff. de autor. tut. §. neque tamen Inſtit. tit. eod.* Nam ſi acquirere hæreditatem non eſſet periculoſum, damnoſumque pupillo, poſſet etiam extranei hæreditatem adire ſine tutoris autoritate. *princ. tit. Inſtit. de aut. tut. §. nunc admonendi Inſt. tit. quibus alienar. lic. vel non §. pupillus Inſt. tit. de inut. ſtipul. d. l. obligari 9. ff. de aut. tut. l. contra 28. ff. de pact. l. pupillus 11. ff. de acquir. rer. dom.* Quod & in furioſo, & prodigo conſtitutum eſt. *l. is cui bonis. de verb. oblig.* Et confirmatur, quia per ſervos noſtros melior conditio noſtra fieri poteſt, non deterior; *l. melior ff. de R. J.* & ideò ſervi noſtri nobis etiam 57
ignorantibus, & invitis acquirunt; *l. ſervus vetante ff. de V. O. l. acquiruntur 10. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. §. item vobis Inſt. tit. per quas perſon. cuique acq.* hæreditatem tamen nobis non acquirunt ignorantibus, & invitis, ut ſuprà diximus: igitur per acquiſitionem hæreditatis non fit melior conditio noſtra. Et utcumque ſit de univerſitate hæreditatis, certè quòd quis æri alieno obligetur, quod evenit per hæreditatem, id non reſpicit ejus favorem, nec ejus conditionem meliorem facit. *l. qui in alienâ in princ. ff. de acquir. hæred.* Et cùm periculoſa ſit acquiſitio hæreditatis, maximè expedit pupillo hac in re conſilium & autoritas tutoris. Hoc autem contrà utilitatem pupilli ſuitas operatur, ut hæreditati obligetur etiam ſine tutoris autoritate, *l. more ff. de acquir. hæred.* & obligetur etiam invitus. *l. lege Corneliâ ff. de teſtam.*

Tertiò, quòd aliquem competant creditoribus hæreditariis actiones, id vergit in ejus incommodum: ſed in ſuum hæredem competunt actiones etiam ante immixtionem, hoc eſt ſolâ poteſtate ſuitatis. *l. ita tamen 27. §. ſi pater filium ff. ad S.C. Trebell.* 58
ibi: *quarè etſi non immiſcuerit ſe hæreditati, nihilominùs actiones, quæ ei & in eum competebant, ad Sempronium transferuntur.*

Confirmatur ex *l. 2. ff. de condict. fur-* 59

tiv. ibi: *conditioni ex cauſa furtivâ, & furioſi, & infantes obligantur, cùm hæredes neceſſarii extiterunt.*

Huic certæ, ſtabilique ſententiæ quæ opponuntur, accuratè perpendamus. Primùm opponunt text. in *l. pecuniam* 36. *ff. de reb. cred.* ubi, ſi pecuniam, quam mihi purè debes, juſſu meo promittas Titio ſub conditione; pendente conditione fruſtra tecum ago: quia, cùm incertum ſit, an conditio adjecta ſtipulationi Titii ſit extitura, incertum quoque eſt, an à te poſſim exigere pecuniam. Exiſtente enim conditione adjectâ promiſſioni Titii, à
60 Titio eſt exigenda pecunia, non à te. Interim igitur, ſi petam, ante tempus peto. Eâdem ratione, quia poteſt ſuus hæres abſtinere: quamdiu hoc incertum eſt, conveniri utiliter non poteſt, quia, ſi abſtinuerit, adverſùs eum Prætor actionem daturus non eſt

Sed hoc argumentum nimis probat. Nam & pupillus, qui ſe immiſcuit paternæ hæreditati, non poſſet etiam poſt immixtionem conveniri à creditoribus hæreditariis, quia etiam poſt immixtionem habet beneficium abſtinendi. *l. neceſſariis ff de acquir. hæred.*
61 Et minor non poſſet pariter conveniri, etiam poſtquam ſe immiſcuit, quia per reſtitutionem in integrum ipſe quoque poteſt uti beneficio abſtinendi, & derelinquere hæreditatem. *d. l. neceſſariis §. ſed tamen.* Imò quod magis eſt, etiam poſtquàm ſuus hæres ſe abſtinuit, creditores non poſſent exercere ſuas actiones: quia ſuus hæres, qui abſtinuit, poteſt, ſi major ſit, intra triennium repetere hæreditatem, quam dereli-
62 quit: ſi minor, retinet hanc facultatem repetendi hæreditatem, ſeque immiſcendi bonis paternis uſque ad annum vicesimum ſecundum exactum. *l. ſi quis ſe vi ff. de jure delib. l. ult. C. de repud. hæred.* Toto igitur hoc tempore non poſſent creditores ſuas actiones exercere, quia incertum eſt, an ſuus hæres ſit habiturus hæreditatem. Quæ omnia oppidò ſunt abſurda.

Fallax igitur eſt argumentum: neque enim exemplum deductum ex *l. pecuniam ff. de reb. cred.* ſimile eſt rei, de quâ agimus. Qui pecuniam, quam mihi purè debet, 63
juſſu meo promittit alteri ſub conditione, mihi manet obligatus ſub contrariâ conditione, ut notatur in *d. l. pecuniam.* Quod enim ſub conditione adimitur, ſub contrariâ conditione datum videtur. *l. aliquando in fin. ff. de condit. & demonſtr. l. quod purè* 6. *in princ. ff. quando dies leg. ced. l. ſi quis ita* 13. *in fin. ff. de ſtatu lib. l. ſi poſt mortem* 68. *§. ſi purè ff. de legat.* 1. Atque hæc contraria conditio, quæ tacitè adjicitur per ademptionem conditionalem, habet vim veræ conditionis, & ſuſpendit actum in incertum eventum, & impedit legati tranſmiſſionem. *d. l. ſi poſt mortem §. ſi purè ff. de leg.* 1. *d. l. quod purè in princ.* juncto. §. 1. *ff. qu. dies leg. ced.* Quod multò magis obtinet in contractibus, in quibus conditio retrotrahitur ad tempus celebrati contractûs. *l. neceſſariò* 64
8. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. ſub conditione* 16. *ff de ſolut.* Cujus rei effectus ſcitu digniſſimos habemus in *l. ſi filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. quæ legata* 18. *in fin. ff. de reg. jur. l. ult. ff. de ſtip. ſervor. l. potior.* 11. §. 1. *ff. qui potior. in pign. hab.* Nam in ſtipulationibus id tempus ſpectatur, quo contrahimus. *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de reg. jur.* Quod non evenit in legatis, in quibus ſpectatur tempus evenientis conditionis, nec ea retrotrahitur *l.* 3. §. *ult. l. ſi uſusfructus* 14. §. *ult. ff. qu. dies leg. ced. l. ſi legati* 28. *ff. de pignor.*

Hinc conſtat, cur agi non poſſit contrà primum promiſſorem, licèt purè obligatum, quando ejus obligatio novata eſt ſub conditione: quia, licet initio purè promiſerit, 65
tamen per novationem conditionalem injecta eſt ejus promiſſioni contraria conditio, & perindè habetur, ac ſi ſub conditione promiſiſſet. Et, ſi exiſtat conditio novationis, ejus obligatio videtur perempta jam tum ab initio tempore celebratæ novationis. *l. ſub conditione* 16 *ff. de ſolut.* ibi: *ſub conditione debitori ſi acceptum feratur, poſtea conditione exiſtente intelligitur jam olim liberatus.* Quapropter permittendum non eſt, ut conveniatur eo tempore, quo eum debitorem non fuiſſe apparebit exiſtente conditione.

Nihil ſimile eſt in beneficio abſtinendi. Nam beneficium abſtinendi non efficit, ut ſuus heres exiſtat heres ſub conditione, ſi
66 non abſtinuerit. Ut enim probavimus, antequàm abſtineat, ipſo jure eſt hæres, & jam acquiſivit hæreditatem. Nec acquiſitio hæreditatis recipit conditionem. *l. cum qui 51. in fin. ff. de acquir. hæred.* Et adeo verum eſt, beneficium abſtinendi non efficere, ut ab initio hæres non ſit; ut etiam, poſtquam ſe abſtinuit, maneat hæres jure Civil. *l. cum quaſi §. ſed etſi ſuus ff. de fideic. libert.* Beneficium abſtinendi prodeſt volentibus. *§. ſui verſ. ſed his Inſt. tit. de hæred. qual. & differ.* Antequàm velint, nihil eis prodeſt. in *l. pecuniam ff. de reb. cred.* Novatio facta fuerat voluntate debitoris: itaque conſtabat, eum voluiſſe liberari ab obligatione exiſtente conditione. Si eodem modo conſtaret & de voluntate ſui hæredis abſtinere volentis, utique & ipſi prodeſſet contrà creditores hoc beneficium: ſed ſi non conſtat de hac voluntate, ipſe eam probare debet: præſertim quia, & dum convenitur, abſtinere poteſt atque ita eludere creditores, à quibus convenitur. Tunc enim creditoribus incumbet onus probandi immixtionem, per quam amiſerit beneficium abſtinendi.

Neque ad rem facit, quòd ſpes ſit futurum, ut abſtineat. Neque enim ſpes hæc ipſum liberat, ſed abſtentio: nec ſpes prodeſſe poteſt ei, in cujus eſt poteſtate actus, per quem conſequi poteſt emolumentum,
67 quod per ſpem conſequi deſiderat. Atqui ut ſpes ſolutionis non liberat debitorem, ſed ipſa ſolutio; nec eo minùs conveniri poteſt à creditoribus, quòd ſperetur eum ſoluturum: ſic non ſpes abſtinendi liberat ſuum hæredem, ſed abſtentio; nec eò minùs conveniri poterit à creditoribus, quòd ſperetur futurum ut abſtineat. Undè nemo non videt, quàm diſpar ſit ratio novationis initæ ſub conditione: quia hîc ſpes novandæ obligationis non eſt vana, & pendens à ſolâ poteſtate faciendi aliquid, quod factum non eſt, qualis eſt ſpes abſtinendi: ſed eſt ſpes innixa jam contractæ ſtipulationi, & novationi, quæ amplius retractari non poteſt, & eveniente conditione neceſſariò liberat debitorem. Stipulatio vires capit ab initio, *l. uſusfructus 26. ff. de ſtipul. ſervor.* & in eâ ſpectatur initium. *l. non omne §. 1. ff. de reg. jur.* Quapropter ſtipulatio 68
jam contracta præſtat firmum, ac ſtabile fundamentum ſpei, quam habet debitor de liberatione. Cæterùm ſi novata non eſſet obligatio, ſeu interpoſita novandæ obligationis causâ ſtipulatio, nihil debitori prodeſſet, quod novare poſſet, aut ſolvere; & ſpes in hac poteſtate fundata, inanis prorſus eſſet, & inutilis. Eâdemque ratione inanis eſt & inutilis ſpes fundata in poteſtate abſtinendi.

Nec obſtat, quòd iſtud beneficium abſtinendi, & ejus exceptio, inſit à principio cuilibet hæreditati, quæ filio defertur, & ideò poſſit dici pars ſubſtantialis ipſius actûs, & ſuppleri à Judice etiam parte non opponente; argumento text. in *l. 1. §. 1. verſic. nam dies ff. de edend.* ut ſubtiliter animadvertit Gomez. *variar. tom. 1. cap. 9. num. 25.*

Enimverò fateor ingenii mei tarditatem: non intelligo, quid ſupplere poſſit Judex, neque perſpicio, quid probet hujuſmodi argumentum. An Judex ſupplebit ſuum hæredem habere beneficium abſtinendi? At 69
hoc non liberat ſuum hæredem, qui jam non obſtante hoc beneficio hæres extitit ipſo jure, ut probavimus. An ſuppleat Judex ſuum hæredem abſtinuiſſe? At ſupponimus, ipſum verè non abſtinuiſſe. Uno verbo hoc argumentum ſupponit id, quod quæritur, & verum eſſe id, de quo diſputatur: nam ſi ſolum beneficium, & poteſtas abſtinendi liberat, & tuetur ſuum hæredem à creditoribus; ſi non eſt neceſſarius ipſi actus abſtinendi, veriſſima ſunt omnia, quæ in argumento aſſumuntur, & concluduntur. Sed hoc ipſum eſt, de quo diſputamus. Enimverò cùm beneficium abſtinendi non operetur niſi volente ſuo hærede, antequàm velit, non poteſt parere exceptionem: quia antequàm velit abſtinere, non vult liberari à creditoribus. Undè igitur naſcatur hæc

ex-

exceptio? Poſtquàm autem voluit abſtinere, ne tunc quidem verè parit exceptionem: ſed à Prætore non dantur actiones
70 adversùs ſuum hæredem, qui abſtinuit. *l. neceſſariis ff. de acquir. vel om. hered.* Itaque hæc exceptio eſt merum commentum noſtrorum Interpretum. Quo jure igitur à judice ſuppleatur? Nec illud intelligo, cujus actûs dici poſſit pars ſubſtantialis hæc exceptio, cum in ſuo hærede nullus actus requiratur, ut hæres exiſtat, ſed ſit hæres ipſo jure, ut luculenter initio demonſtravimus.

Sed rurſus opponunt, quod hoc beneficium abſtinendi, cùm ſit à jure inductum, non requiritur, ut exprimatur, vel opponatur ab homine; ſed ſemper operatur effectum
71 ſuum, niſi conſtet de immixtione. Confirmant autem hoc per text. in *l. ei qui ſe in princ. ff. de acquir. vel om. hered.*

Ad hoc ſatis ſuprà reſpondimus, ubi demonſtravimus, quantùm hâc in re differat poteſtas legis à poteſtate, & autoritate Prætoris. Lex enim ipſo jure, & ſine ullo facto atque operâ hominis efficit, quod vult. Prætor autem numquam ipſo jure operatur, præſertim quando aliquid molitur contra jus Civile, quod poteſt mollire, ac mitigare, non evertere. *l. 1. §. 1. ff. de feriis.*
72 Adeòque numquam apertè legem oppugnat, ſed per cuniculos; & non directò obviam it legibus, ſed per anfractus propoſitis quibuſdam remediis, quibus ſubvenit miſeris, & rigore juris oppreſſis. Sed hoc fieri non poteſt ſine aliquo facto hominis, quod percurrenti totum jus Prætorium clarè apparebit. Imò, & cùm non agitur de emendando, & oppugnando jure Civili, tamen jus Prætorium ipſo jure non operatur. Quamobrem licèt ſtipulatio contrariâ ſtipulatione tollatur ipſo jure, quia ſtipulatio juris Civilis autoritate nititur, tamen
73 pactum contrario pacto ipſo jure non tollitur, ſed neceſſe eſt, ut elidatur replicatione *l. ſi unus* 27. §. *pactus ff. de pact.* quia pacta nituntur Prætoris autoritate. *l. 1. l. juris Gentium* 7. §. *ait Prætor ff. de pact.* Ac propterea, licèt ſecundo pacto actum ſit, ut res ad terminos, & præcepta juris Civilis redigatur, tamen ipſo jure non tollit prius pactum. Hoc enim proprium eſt ſolius legis, operari ipſo jure. Prætor autem tantâ autoritate non pollet.

Ad textum autem in *l. ei qui ſe bonis ff. de acquir. vel omit. hered.* facilis eſt, & prompta reſponſio. In eâ lege non quæritur, an 74
videatur ſe abſtinuiſſe, qui ſe non miſcuit, ſed ſolùm, an qui vult abſtinere, debeat Prætorem adire. Et ab eo impetrare beneficium abſtinendi, ſicut impetratur reſtitutio in integrum, ſicut petitur bonorum poſſeſſio: & ſtatuitur, neceſſarium non eſſe Prætorem adire, ſed ſolâ deſtinatione, & voluntate abſtinendi frui poſſe ſuos hæredes hoc beneficio. Ut enim ſuprà diximus, eâdem ratione, eodemque modo poteſt quis abſtinere ab hæreditate, quo poteſt hæres extraneus adire hæreditatem. De hoc agi conſtat in eâ lege, quia Juriſconſultus probat hanc ſententiam reſcripto quodam, quo continebatur, non eſſe neceſſariam reſtitutionem pupillis adversùs contractum avitum, ſi eorum pater conſtituerat non agnoſcere paternam hæreditatem, & neque quicquam amovit, neque pro hærede geſſit. Et meritò: quia ſi conſtituit non agnoſcere paternam hæreditatem, & declaravit ſe abſtinere; hoc ipſo abſtinuit; nec poſſunt ejus filii conveniri, ſicut nec ipſe conveniri potuiſſet. *l. neceſſariis ff. de acquir. vel omit. hered.* Vel ſolùm conſtituit non agnoſcere hæreditatem, ſed tamen re verâ non abſtinuit, ut in *l. ſi ſervum* §. *Prætor ff. de acquir. hered.* & hoc caſu ſi neque pro hærede geſ- 75
ſit, neque quicquam amovit ex hæreditate; quibus modis amittitur beneficium abſtinendi; *d. l. ſi ſervum* §. *ait Prætor l. neceſſariis ff. eod.* poterunt ejus filii abſtinere, ſicut ipſe vivens abſtinere potuiſſet; *l. ſi quis* 7. §. *ſi filius ff. eod.* ac propterea non indigebunt reſtitutione, quæ non datur illis, qui jure muniti ſunt. *l. in cauſâ* 16. *ff. de minor.* Senſus igitur ejus legis hic eſt. Ei, 76
qui ſe non miſcuit hæreditati, ſive major, ſive minor ſit, ſemper liberum eſt ſe abſtinere. Nec cogitur Prætorem adire; neque ut ab eo reſtituatur in integrum: quia ei,

Digitized by Google

qui ſe non miſcuit, in integrum reſtitutio neceſſaria non eſt, ſed ſolùm ei, qui ſe miſcuit; *l. neceſſariis* §. 1. *ff. de acquir. hæred.* neque ut ab eo obtineat hoc beneficium,
77 quia hoc à Prætore impetrare non eſt neceſſe, cum Prætor hoc largiatur omnibus volentibus eo uti. §. *ſui autem. verſic. ſed his. Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.*

Imò, ut dicam quod ſentio, & quod noſtri non animadvertunt, exiſtimo in eâ legè ſolùm agi de reſtitutione in integrum,
78 & hoc tantùm ab Ulpiano definiri, non eſſe neceſſarium in integrum reſtitutionem ei, qui ſe non miſcuit hæreditati: licèt enim ſit hæres ipſo jure, tamen non debet à ſe amovere hæreditatem adeundo Prætorem, & petendo ab eo reſtitutionem, cùm poſſit liberari abſtinendo ab hæreditate: quâ de re copioſè etiam agitur in *l. neceſſariis ff. eod.* Multa ſunt; quî conjecturam hanc facio. Primùm ea lex deprompta eſt ex libro undecimo Ulpiani ad Edictum, quo in libro Ulpianum expoſuiſſe edictum Prætoris de reſtitutionibus in integrum ſatis
79 conſtat ex *l.* 1. *ex l. denique* 3. *ex l. ſi tamen* 5. *ex l. ait Prætor* 7. *ex l. ſi ex causâ* 9. *ex l. verum* 11. *ex l. in cauſæ* 13. *ex l. minor autem* 18. *& duabus ſeqq. l. integrum* 22. *ff. de minor.* in quibus copioſè, & enucleatè pertractatur materia reſtitutionis in integrum, quæ minoribus datur; atque omnes depromptæ ſunt ex libro undecimo Ulpiani ad Edictum. Libro autem duodecimo pertractavit Ulpianus de reſtitutione, quæ majoribus à Prætore datur, ut conſtat ex *l.* 1. 3. 5. 7. 10. 12. 15. 17. 21. 23. 26. 28. *ff. ex quibus cauſ. major.* Prætereà in reſcripto, quod allegatur in ea lege, apertè tractabatur ſolummodò de reſtitutione in integrum. Denique, & verba illa, *non eſſe neceſſe Prætorem adire*, maximè conveniunt petitioni reſtitutionis in integrum. *l. verum* 11. §. *ex facto l. Papinianus* 20. *ff. de minor. l.* 3 *C. ſi minor ſe major. dixerit.*

Non diſſimile eſt argumentum, quod petunt ex *l.* 1. *C. ſi minor. ab hæred. ſe abſtin.* ibi: *ſi vos paternæ hæreditati non immiſcuiſtis, ob eam rem teſtificatio neceſſaria non fuit, cùm fides veritatis verborum adminicula non deſideret. Quod ſi pro hærede geſſiſtis, vel bonorum poſſeſſionem accepiſtis, propter ætatem, cui ſubveniri ſolet, in integrum reſtitutionis auxilium accipere debetis.*

Non diſſimilis etiam reſponſio. Suus hæres volebat abſtinere ab hæreditate. Reſpondent Imperatores, quòd ſi minor eſt, & pro hærede geſſit, debet petere reſtitutionem in integrum, ſine quâ ampliùs abſtinere non poteſt. *d. l. neceſſariis.* Si verò pro hærede non geſſit, hoc eſt, paternæ hæreditati ſe non immiſcuit, non indiget reſtitutione, etiamſi non fuerit teſtificatus nolle ſe immiſcere. Ut enim quis poſſit abſtine- 81
re, ſufficit eum ſe non miſcuiſſe: & omnis teſtificatio ſupervacanea eſt, quia veritas non deſiderat verborum adminicula. Quòd ſi quis contendat, eum abſtinere non potuiſſe; ipſe, qui hoc contendit probare debet eum, antequàm abſtineret, ſe immiſcuiſſe, quia per immixtionem amittitur beneficium abſtinendi; ſufficit ſola veritas, hoc eſt, ut verè ſe non immiſcuerit. Quibus expoſitis non video, quid obſtet noſtræ ſententiæ.

Nullius quoque momenti eſt alterum argumentum petitum ex *l. ſi filius* 12. *ff. de vulg.* ibi: *etenim jus dicenti propoſitum eſt liberos oneribus hæreditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non invitos ab hæreditate removere.* Etenim in ea quoque lege agitur de filio volente abſtinere ab hæreditate paternâ. Conſtat id ex principio ejuſdem legis. ibi: *ſi filius, qui patri, ac poſtea fratri ex ſecundis tabulis hæres extitit, hæreditatem patris recuſet, fratris autem retinere malit.* Quæſtio igitur ibi propoſita eſt, an filius 82
poſſit abſtinere hæreditate patris, & retinere hæreditatem fratris: & reſpondet JC. poſſe: quia Prætori propoſitum eſt liberos oneribus hæreditariis liberare, non invitos ab hæreditate removere. Quos liberat oneribus hæreditariis? nempè abſtinentes, & recuſantes hæreditatem patris. Quos non removet invitos? nempè volentes retinere hæreditatem. Imò retorqueri poteſt argumen-

tum. Nam ibi JC. promiſcuè accipit filium recuſare patris hæreditatem, & eum liberari oneribus hæreditariis. Cùm enim quæſierat, an rectè recuſet patris hæreditatem; reſpondet rectè recuſare, quia Prætori propoſitum eſt liberos oneribus hæreditariis non ſpontè ſuſceptis liberare? Ergo liberat ſolùm recuſantes. Etenim ſi liberaret etiam non abſtinentes, abſurda eſſet illa reſponſio, & aliena à quæſtione propoſitâ, nec eam ſolveret. Planè hoc in errorem induxit interpretes noſtros, quòd ea, quæ in jure noſtro tradita ſunt de filiis abſtinentibus, acceperunt perindè ac ſi dicta eſſent de non abſtinentibus.

Denique non obſtat textus in *l. nam nec emancipatus* 87. *ff. de leg.* 1.

83 Nam & ibi agitur de filio abſtinente. Proponitur in duabus legibus antecedentibus quæſtio, an, ſi filio inſtituto pater legatum reliquerit, & filius abſtinuerit hæreditate, poſſit legatum petere. Reſpondet poſſe. Sicut enim emancipatus poteſt omiſſâ hæreditate
84 legatum petere; ita & ſuus hæres abſtinens ab hæreditate, poteſt legatum petere: quia filiis abſtinentibus tribuit Prætor idem, ac emancipatis: hoc eſt idem, ac ſi habuiſſent liberum arbitrium adeundi hæreditatem. Sed hoc tribuit abſtinentibus, quia, ut ſuprà diximus, beneficium ſuum Prætor impertitur ſolummodò volentibus.

CAPUT X.

Ad l. filio præterito 17. ff. de injuſt. rupt.

SUMMARIUM.

1 *Filio præterito ſe abſtinente, ex bono, & æquo voluntas teſtatoris eſt ſervanda.*
2 *Voluntas teſtatoris ſervari potrſt non ſolùm ex teſtamento, ſed etiam ab inteſtato.*
3 *Si quis omiſſâ cauſâ teſtamenti poſſideat ab inteſtato hæreditatem, Prætor tuetur defuncti voluntatem quoad legata.*
4 *Aliud exrmplum.*
5 *Quomodò poſſit ſervari ex teſtamento?*
6 *Proponuntur tres ſententiæ.*
7 *Præterito abſtinente teſtamentum jure Civili non convaleſcit.*
Præterito ſuo hærede teſtamentum eſt ipſo jure nullum.
8 *Et non poteſt convaleſcere, cùm numquam fuerit teſtamentum.*
9 *Drfunctorum actus in ſuſpenſo eſſe non poſſunt.*
10 *Teſtamentum ab initio nullum, aut poſtrà ruptum, irritumve, numquam jure Civili convaleſcit: probatur exemplis.*
11 *Proponitur exceptio in caſu captivitatis.*
12 *Et in caſu reſtitutionis damnatorum.*
13 *Præterito decedente ante patrem non convaleſcit teſtamentum.*
14 *Etiamſi præteritus ſit poſthumus.*
15 *Suus eſt hæres, & antequàm abſtineat, & poſteà. & 31.*
16 *Non valet hujuſmodi teſtamentum: ſi filius meus me vivo deceſſerit, Titius hæres eſto.*
17 *Inſtitutio & exhæredatio liberorum ſunt de formâ.*
18 *Forma hominum arbitrio mutari non poteſt.*
19 *Conventione patris, & ſi ii fieri non poteſt, ut liceat filium præterire. & 23.*
20 *Filius non poteſt inſtitui ſub conditione, quæ non ſit in ejus poteſtate.*
21 *Conditiones impoſſibiles, & turpes detrahuntur ab ultimis voluntatibus.*
22 *Filius non poteſt inſtitui ſub conditione turpi, vel impoſſibili.*
23 *Forma teſtamenti præſcripta eſt à legibus.*
24 *Teſtamenti factio eſt juris Publici.*
25 *Jus Publicum privatorum pactis mutari non poteſt. & 46.*
26 *Non poteſt patronus liberto permittere, ut ſe prætereat.*
27 *Patroni inſtitutio non eſt de forma teſtamenti, & ideò valet teſtamentum, in quo præteritus eſt patronus.*
28 *Quæ fiunt ipſo jure, etiam nobis invitis fiunt: & explicatur.*
29 *Beneficium abſtinendi eſt à Prætore.*
30 *Non poteſt Prætor efficere, ut valeat jure Civili, quod eo jure improbatur.*
32 *Si valet teſtamentum, non poteſt eſſe locus inteſtatæ ſucceſſioni.*
33 *Nemo poteſt abſtinere ab hæreditate, niſi jam quaſi'â.*
34 *Defunctus decedit inteſtatus, cùm teſtamentum non valet.*
35 *Unuſquiſque poteſt renunciare ſuo beneficio.*
36 *Volenti non fit injuria.*
37 *Emphyteuſis per non ſolutionem canonis recidit ſolum volenti domino.*
38 *Valet alienatio, facta cum conſenſu vocatorum, ſi eorum favore fuit interdicta.*
39 *Judicium convaleſcit, ſi dominus ratum habeat, quod geſſit procurator.*
40 *Teſtamentum propter præteritionem nullum eſt, non propter injuriam factam filio.*
41 *Majori injuriâ afficitur exhæredatus, quàm præteritus.*
42 *Nullum pariter non eſt favore filiorum.*
43 *Affertur ratio, cur teſtamentum vitiet præteritio, non exhæredatio. & n. 45.*
44 *Duo in ſolidum domini, aut hæredes eſſe non poſſunt.*
45 *Nemo poteſt renunciare ſuo favori, quando reſpicit jus Publicum.*

47 *Probatur exemplis.*
48 *Conditiones aliæ ſunt ſuſpenſivæ, aliæ reſolutivæ: & harum exempla.*
49 *Nullitas teſtamenti non pendet à conditione reſolutivâ.*
50 *Non datur conditio reſolutiva nullitatis.*
51 *Jus eſt, quod bonum & æquum eſt.*
52 *Hæc deſcriptio convenit juri Civili in genere.*
53 *Jus Civile in ſpecie ſæpè opponitur æquitati.*
54 *Quod ipſo jure nullum eſt, non rumpitur.*
55 *Ipſo jure rumpi dicitur id, quod ipſo jure non valet.*
56 *Aliud eſt rumpi ipſo jure: aliud ex poſt facto reſcindi.*

*Filio præterito, qui fuit in patris poteſtate,
neque libertates competunt, neque legata
præſtantur, ſi præteritus fratribus partem hæ-
reditatis avocavit: quòd ſi bonis ſe patris abſ-
tinuit, licet ſubtilitas juris refragari videtur,
attamen voluntas teſtatoris ex bono, & æquo*
1 *tuebitur.* Conſtat ex hâc lege, filio præterito
ſe abſtinente voluntatem teſtatoris tuendam
eſſe. Poteſt voluntas teſtatoris defendi, &
obſervari vel ex teſtamento, vel ab inteſtato.
2 Ab inteſtato; quemadmodum, cùm quis
omiſsâ cauſsâ teſtamenti ab inteſtato poſſidet
hæreditatem: tuetur enim Prætor defuncti
3 voluntatem quoad legata, perindè ac ſi ex
teſtamento hæreditatem adiviſſet; *l. 1. & toto
tit. ff. ſi quis omiſſa cauſ. teſtam.* quemadmo-
dum conſervantur libertates, & fideicom-
4 miſſa alumnæ data in *l. in teſtamento 38. ff.
de fideicom. libert.*

Ex teſtamento, ſi aut teſtamentum jure
Civili convaleſcat abſtinente filio præterito,
quod propter præteritionem erat ipſo jure
5 nullum; *l. 1 ff. de injuſt. rupt.* aut à Præ-
tore ſuſtineatur datâ bonorum poſſeſſione
ſecundùm tabulas hæredibus ſcriptis in teſta-
mento.

Si defenditur voluntas ab inteſtato, cor-
ruit inſtitutio, & ſolummodò legata præſ-
tantur. Si convaleſcit jure Civili teſtamen-
tum, omnia ſuſtinentur, & hæres poterit
6 adire hæreditatem. Si ſuſtinetur jure Præto-
rio, omnia pariter ſubſiſtunt, ſed non po-
terit ab hærede ſcripto hæreditas adiri, &
confugere debebit ad bonorum poſſeſſionem
ſecundùm tabulas. Hinc Interpretes noſtri
dividuntur in tres claſſes: alii tum jure Civili
convaleſcere putant teſtamentum, tum jure
Prætorio: alii ſolùm jure Prætorio ſuſtineri:
alii denique neutro jure ſubſiſtere, & ab
inteſtato defendi voluntatem defuncti. Eam,
quæ inter duas media eſt, opinionem pro-
bamus, quæ & communis eſt, & verior
videtur: nempè jure Prætorio ſubſiſtere teſta-
mentum, ſi filius in eo præteritus bonis pa-
ternis abſtineat. Primum autem probandum
eſt, illud jure Civili nullum eſſe, eoque jure
non convaleſcere, etiamſi filius præteritus
abſtineat hæreditate patris.

Quod jure Civili non ſubſiſtat teſtamen-
tum, in quo præteritus eſt filius, id paſſim
in jure noſtro traditum eſt, & quidem ſine
ullâ exceptione; undè conjecturâ conſequi
poſſumus, ipſum numquam ſubſiſtere, nullo 7
caſu convaleſcere. *l. inter cætera 30. l. dum
apud 31. ff. de liber. & poſt. l. ſi quis eum 16.
in fin. ff. de vulg. l. 1. ff. de injuſt. rupt. l. ex
facto 43. §. Lucius Titius ff. de vulg. princ.
tit. Inſtit. de exhæred. liberor. l. maximum vi-
tium in princ. & in §. 1. C. de liber. præterit.*

Nec dici poteſt, quòd licèt teſtamentum
ſit ipſo jure nullum, tamen filio abſtinente
ex bono, & æquo convaleſcat. Quod enim
numquam fuit, quod ſtatim nullius momenti
fuit, convaleſcere non poteſt. Æger poteſt
convaleſcere: mortuus poteſt reviviſcere,
ſed qui numquam natus eſt, neque conva-
leſcere poteſt, neque reviviſcere. Teſtamen-
tum autem, in quo præteritus fuit filius:
qui erat in poteſtate, numquam fuit teſta- 8
mentum: nam & ab initio nullius fuit mo-
menti, numquam valuit, ſemper fuit inutile.
*l. 1. ff. de injuſt. rupt. l. ſi quis 16. §. ult. l.
ex facto §. Lucius ff. de vulg. princ. tit. Inſtit.
de exhæred. liber.* Quarè nuſquam in jure
noſtro traditum eſt, hujuſmodi teſtamentum
pendere, & in ſuſpenſo eſſe, ſed ſemper inu-
tile, & nullius momenti, quia defunctorum
actus ſuſpendi non poſſunt. *l. ult. in fin. ff.* 9
commun. præd. Suſpenderetur autem, & pen-
deret ab approbatione filii, ſi eo abſtinente
ſubſiſteret, & non abſtinente corrueret.

Præterea teſtamentum, quod jure Civili
nullum eſt, numquam convaleſcit: imò etſi
ab initio valuerit, ſi poſteà ruptum fuerit,
ampliùs non reviviſcit, etiamſi removeatur

Digitized by Google

cauſa, quæ teſtamentum illud evertit. Sic
prius teſtamentum non convaleſcit, etiamſi
poſterius, quo ruptum fuit, irritum fiat. §.
poſteriore Inſtit. tit. quib. mod. teſtam. infirm.
10 Sic teſtamentum, quod per capitis diminu-
tionem irritum factum eſt, etiam ceſſante,
& ſublatâ cauſâ non convaleſcit jure Civili,
ſed ſolùm jure Prætorio. §. *alio autem modo*
juncto §. *non tamen Inſtit. eod. l. penult. §. 1.*
ff. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul. l. poſthumus
12. verſic. idem & circa ff. de injuſt. rupt. Sic
teſtamentum, in quo præteritus eſt filius,
non convaleſcit jure Civili, etiamſi filius
vivo teſtatore moriatur. *princ. tit. Inſt. de*
exhæred. liber. l. ſi filius 7. ff. de lib. & poſt.
Et hoc voluit ſignificare Pomponius in *l. ſi*
primo 8. ff. de lib. & poſt. illis verbis: *ſecun-*
dùm ſententiam, quâ utimur, non erit ſecun-
dus hæres, quaſi ab initio inutiliter inſtitutus.
Et Legiſlator noſter in *princ. tit. Inſt. de exhæ-*
redat. liber. ibi: *adeò quidem, ut ſi vivo pa-*
tre filius moriatur, nemo ex eo teſtamento hæres
exiſtere poſſit, quid ſcilicet ab initio non conſti-
11 *terit teſtamentum.* Solummodò convaleſcit
teſtamentum, quod fuit factum irritum per
captivitatem: ſed neceſſaria fuit lex Corne-
lia, & jus poſtliminii ad ipſum confirman-
dum, quibus non tam confirmatur, quàm
fingitur numquam fuiſſe irritum: cujus exem-
plo idem videtur conſtitutum etiam in reſti-
tutione damnatorum factâ à Principe. *l. ſi*
12 *quis filio 6. §. quatenùs. penult. ff. de injuſt.*
rupt. Ergo, ſi jure Civili neque teſtamen-
tum, quod initio fuit nullum, neque teſta-
mentum, quod poſteà factum eſt irritum,
convaleſcit, remota, ac ſublata cauſa,
propter quam teſtamentum non valet; dubi-
tari non poteſt, ne quidem convaleſcere,
cùm filius abſtinet ab hæreditate.

Confirmatur, quia, etiamſi filius ille de-
ceſſiſſet ante patrem, à quo fuit in teſtamento
præteritus, tamen teſtamentum non conva-
13 leſceret. *l. ſi filius 7. ff. de lib. & poſt princ.*
tit. Inſt. de exhæred. liber. Imò ſi præteritus
ſit poſthumus, initio, antequam naſcatur,
valet teſtamentum, & ſolum rumpitur naſ-
cente poſthumo. §. *poſthumi quoque. Inſtit. tit.*
de exhæred. liberor. l. 1. C. de poſt. hæred. inſtit.
Licèt autem valeat initio, licet rumpatur 14
ſolùm naſcente poſthumo, tamen ejus morte
non reviviſcit, nec ad priſtinum ſtatum redit
l. 2. C. eod. Si teſtamentum non reviviſcit
morte filii, ob cujus præteritionem nullum
fuit, aut ruptum; quantò minùs reviviſcere
poterit filii abſtentione? Filius, qui mortuus
eſt vivo teſtatore, nec hæres eſt, nec eſſe po-
tuit: filius, qui abſtinet, & hæres eſſe po-
tuit, & hæres fuit; antequàm abſtineret,
ſtatim à morte teſtatoris ipſo jure; *l. 1. §.* 15
qui ſunt in poteſtate ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.
l. ſi poſt mortem. §. 1. l. quæſitum 91. §. præ-
ſenti ff. de legat. 1. l. Julianus 86. ff. de cond.
& demonſt. l. ſi optio 13. ff. de opt. legat. &
denique hæres manet, etiam poſtquàm abſ-
tinuit. *l. cum quaſi §. ſed etſi ſuus ff. de fideic.*
libert.

Confirmatur evidentiùs. Si quis ita teſtatus
fuerit: *ſi filius meus me vivo deceſſerit, Titius*
hæres eſto; non valet hujuſmodi teſtamentum.
l. ſi quis eum 16. in fin. de vulgar. & pupill.
Et tamen nullum videtur obſtare impedimen-
tum huic teſtamento. Nam aut filius decedit 16
vivo patre, & tunc non poteſt obſtare hære-
di, qui ſub eâ conditione eſt inſtitutus, quæ
exiſtit moriente filio. Aut non decedit, &
tunc deficit inſtitutio deficiente conditione.
Itaque nec filius obſtat hæredi, nec hæres
obſtat filio, quia ex naturâ inſtitutionis ſi-
mul concurrere non poſſunt: adeòque nec
hæres inſtitutus excludit filium, nec filius
hæredem inſtitutum. Sic igitur concludi licet.
Non valet teſtamentum, quando hæres inſti-
tutus eſt in eum caſum, in quo filius hæres
eſſe non poteſt: ergo multò minùs valebit teſ-
tamentum, quando ventum eſt ad eum caſum,
in quo, licèt filius hæres eſſe nolit, tamen
verè hæres fuit, & concurrit cum hærede
inſtituto. Rursùs probatur hæc ſententia,
quia inſtitutio, & exhæredatio filiorum eſt
de forma teſtamenti; *l. inter cætera ff. de lib.* 17
& poſthum. forma autem hominum arbitrio
mutari non poteſt, quia mutatâ formâ actus 18
interit. *l. Julianus 9. §. ſed ſi quis ff. ad exhi-*
bend. Quamobrem hâc in re, & patris cau-
tio inutilis eſt, *l. ult. ff. de ſuis, & legit.*
hæred. & patris, & filii conventio. *l. ſi quan-*

19 *de 35. §. illud C. de inoff. teſtam.* Prævalet
enim privatorum cautioni, & voluntati le-
gum autoritas. *d. l. ult. ff. de ſuis, & legit.*
Ergo, etiamſi filius maximè voluerit teſta-
mentum ſubſiſtere, tamen non proindè teſta-
mentum convaleſcet, quod contra legum
autoritatem factum eſt.

Confirmatur ex *l. filius 15. ff. de condit.*
20 *inſtit.* Non poteſt inſtitui filius ſub condi-
tione, quæ non eſt in ejus poteſtate. *l. ſuus
4. ff. de hæred. inſtit. l. Lucius Titius 83. ff.
de condit. & demonſtr. l. 4. C. de inſtit. & ſub-*
21 *ſtit.* Conditio impoſſibilis detrahitur à jure
in inſtitutionibus, *l. 1. ff. de condit inſtit. l.
cum in ſecundo. in fin. ff. de injuſt. rupt. l.
multa §. 1. ff. de condit. & demonſtr. l. quæ
ſub conditione §. mortuo ff. de cond. inſtit.* ſicut
etiam detrahitur conditio turpis: nam omnes
hujus generis conditiones pro non ſcriptis
habentur. *l. non dubitamus ff. de condit. &
demonſtrat. l. conditiones, & l. pen. ff. de
condit. inſtit. l. reprehendenda C. de inſtit. &
ſubſtit. l. ſi a milite 30. §. edictum ff de teſt.
milit.* Si filius ſit inſtitutus ſub conditione
turpi, vel impoſſibili, videretur dicendum
valere inſtitutionem, quia conditio illa pro
non ſcriptâ habetur, eâque detractâ manet
22 pura inſtitutio. Tamen quia præteritio filii
eſt contra formam teſtamenti, & filius inſti-
tutus ſub conditione, quæ non eſt in ejus
poteſtate, pro præterito habetur, conditio
illa non detrahitur, & corruit teſtamentum.
d. l. filius 15. ff. de condit. inſtit. Si igitur ad
ſuſtinendum teſtamentum nullum propter fi-
lii præteritionem lex ipſa non detrahit con-
ditionem, quam detrahere ſolet ex aliis teſ-
tamentis; ne ſubſiſtat teſtamentum, in quo
peccatum eſt contra formam ipſius teſtamen-
ti; quantò minùs poterit id ſuſtineri ſolâ vo-
luntate filii abſtinentis ab hæreditate? Non
videtur peccaſſe contra formam, qui adjecit
eam conditionem, quæ habetur pro non ab-
jectâ: ſed tamen eo ſolo, quòd adjecit il-
lam conditionem, lex improbat, & evertit
teſtamentum, & recuſat detrahere conditio-
nem, ad ſuſtinendum teſtamentum. An igi-
tur probabit teſtamentum, in quo filius non
eſt inſtitutus, ſed præteritus? in quo filius
abſtinet ab hæreditate, cùm reprobet illud,
ex quo filius conſequi poſſet hæreditatem,
quemadmodum eam conſequuntur omnes
alii, ſub eâdem conditione inſtituti? pro-
fectò id eſt planè abſurdum.

Prætereà teſtandi facultas legibus certis eſt
permiſſa, & à jure præſcripta forma, quam
tenemur obſervare; nec quiſquam poteſt ei
derogare, aut efficere, ut ſubſiſtat teſtamen-
tum, in quo forma illa ſervata non eſt. *l.
teſtandi C. de teſtam.* Eſt enim juris Publici 23
factio teſtamenti: *l. 3. ff. eod* & jus Publi-
cum privatorum voluntate mutari non poteſt.
l. jus Publicum ff. de pact. d. l. teſtandi de 24
teſtam. Non poteſt igitur filius abſtinendo
derogare juri Publico, quo hæc forma teſ- 25
tatoribus præſcripta eſt, ut filios aut inſti-
tuant, aut exhæredent, aliàs teſtamentum
nullius momenti ſit. Facit ad rem text. *in l.
2. §. ſed quia veremur C. de jurejur. propt.
calumn.*

Hoc idem probat evidenter text. *in l. Pau-* 26
lus 47. §. patroni ff. de bon. libert. Patronus
ob merita liberti conceſſit ei liberam teſta-
menti factionem. Libertus patronum in teſ-
tamento præteriit. Reſpondit Paulus, liber-
tum non fuiſſe conſecutum liberam teſta-
menti factionem: adeòque non impune pa-
tronum præterit, etiamſi id fecerit voluntate
ipſius patroni. Patroni inſtitutio non eſt de 27
forma teſtamenti, & patroni præteritione
non evertitur teſtamentum, ſed ſolùm datur
bonorum poſſeſſio contra tabulas. §. 1. & 3.
Inſtit. tit. de ſucceſſ. libert. Filii inſtitutio eſt
de forma teſtamenti, & filii præteritio ſub-
vertit ipſo jure teſtamentum; ut diximus.
Sed patronus voluntate ſuâ non poteſt effice-
re, ut impunè prætereatur, ergò multò mi-
nùs filius.

His addo, quòd ea, quæ fiunt ipſo jure,
fiunt etiam nobis invitis, & contra noſtram
voluntatem: ſupervacanea enim eſt omnis
opera, & voluntas hominis in illis, quæ
ipſo jure fiunt, & ab ipſâ lege. *l. ſed & ſo-* 28
cius 17. §. ult. ff pro ſoc. Quapropter, quia
filius eſt ipſo jure hæres patris, *l. nihil inte-
reſt 50. § longè ff. de bon. libert.* idcircò eſt
hæres patris etiam invitus. *§. ſui. verſic. ne-*

Digitized by Google

ceſſarii Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ. Sed teſtamentum, in quo præteriti ſunt liberi, evertitur ipſo jure: *l. maximum vitium* §. 1. *C. de liber. præter.* ergò evertitur etiam contra voluntatem filii. Item, quoties aliquid ipſo jure reſcinditur, non attenditur factum hominis, & ſemper idem jus eſt, ſive quid factum fuerit, ſive non fuerit. *l. mulieri, & Titio* 74. junctâ *l. hoc modo* 64. §. 1. *ff. de condit. & demonſt.*

Ad alia jam progrediamur. Primum eſt animadvertendum, quòd in noſtrâ *l. filio præterito*, agitur de filio abſtinente. Benefi-
29 cium abſtinendi eſt à Prætore. §. *ſui autem. verſic. ſed his Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ. l. neceſſariis ff. de acquir. vel omit. hæred. l. nam nec emancipatus ff. de legat.* 1.

Quomodò autem poteſt Prætor efficere ſuo beneficio, ut jure Civili ſubſiſtat teſtamentum, quod ab eodem jure improbatur, cum Prætor juri Civili derogare non poſſit? *l.* 1. §. 1. *ff. de feriis.* Poteſt quidem Prætor ipſe ap-
30 probare teſtamentum; non tamen poteſt cogere jus Civile ad approbandum: maximè quia Prætor hæredem facere non poteſt. §. *quos autem Prætor Inſtit. tit. de bonor. poſſeſ.* Non poteſt igitur efficere hæredem eum, qui ſcriptus eſt in teſtamento. Non poteſt autem ſubſiſtere teſtamentum, ſi hæres eſſe non poteſt. *l.* 3. *verſic. Calpurnius ff. de his quæ in teſtam. delent.*

Secundò, quòd filius, qui abſtinet ab hæreditate, non ſolùm hæres eſt, antequàm abſtineat, *l.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate ff ſi*
31 *quis omiſ. cauſ. teſtam.* ſed etiam, poſtquàm abſtinuit, hæres manet. *l. cum quaſi* §. *ſed etſi ſuus ff. de fideicom. libert.* Eſt autem, & fuit hæres ab inteſtato: ex teſtamento enim, in quo præteritus eſt, hæres eſſe non poteſt. Igitur, ſi teſtamentum jure Civili convaleſceret, ipſe eſſet jure Civili hæres ab inteſtato; & hæredes ſcripti in teſtamento eodem jure Civili eſſent hæredes ex teſtamento, quod fieri non poteſt. *l. jus noſtrum ff. de reg. jur.* Item ſi jus Civile facit filium hæredem ab inteſtato; eumque, etiam poſtquàm abſtinuit, pro hærede habet, non poteſt comprobare &
32 confirmare teſtamentum; neque enim locus eſſe poteſt ſucceſſioni ab inteſtato, ſi valeat teſtamentum, & ſucceſſio ex teſtamento deferatur. *l. quamdiu ff. de acquir. vel omit. hered.*

Tertiò, quòd filius abſtinet ab hæreditate: à quâ hæreditate? certè ab hæreditate jam acquiſitâ. Abſtinemus enim ab hæreditate acquiſitâ. *l.* 1. §. *ſi quis adita ff. ad SC. Ter-* 33
tull. l. jam dubitari 86. §. *ult. ff. de hæred. inſtit. l. cum hæreditate* 55. & *l. penult. ff. de acquir. hæred.* Sed cujus generis hæreditatem acquiſivit? non teſtamentariam, quia ea teſtamento defertur: ille autem in teſtamento non fuit inſtitutus. Ergo ab inteſtato. Defunctus igitur deceſſit inteſtatus, quia hæreditas ab inteſtato tunc tantummodò defertur, cùm defunctus inteſtatus deceſſit. *Inſtit. tit. de hæred. quæ ab int. defer.* Defunctus autem decedit inteſtatus, cùm teſtamentum non valet. *princ. tit. Inſtit. eod. l.* 1. *in princ. ff. de* 34
ſuis & legit. hæred.

His probè conſtitutis, quæ opponi poſſunt, argumenta confutemus. Primum autem, poteſt unuſquiſque contemnere ea, quæ pro ſe introducta ſunt; *l. ſi judex ff. de minor.* & beneficio ſuo, ſuoque privilegio 35
renunciare. *l. ult. C. de pact. l. invito ff. de reg. jur.* Poterit ergo filius approbare teſtamentum patris, in quo præteritus eſt: quod enim ſit nullum propter præteritionem, favore filii videtur introductum. Item propter injuriam factam filiis, à lege improbatur teſtamentum. *Authent. ut cum. de appel.* 36
cogn. §. *hæc autem. in princ.* Sed volenti non fit injuria: *l.* 1. §. *uſque adeò ff. de injur.* & omnis injuria remiſſione aboletur. *l. non ſolum* 11. §. 1. *ff. de injur.* §. *hæc actio. tit. eod. l. qui res* 98. §. *aream ff. de ſolut.*

Confirmatur exemplo emphyteuſis, in qua ſi emphyteuta per biennium canonem non ſolvat, decidit ab emphyteuſi: ſed quia hoc 37
reſpicit commodum domini, decidit ſolum, ſi Dominus voluerit. *l.* 2. *C. de jure emphyteut.* Item ſi alienatio rei, fideicommiſſo ſub- 38
jectæ, ſit interdicta favore fideicommiſſariorum, conſentientibus fideicommiſſariis valebit alienatio *l. quoties ab omnibus* 11. *C. de fideicom. l. cum pater.* §. *libertis ff. de leg.* 2.

39 Non valet judicium, ſi procurator agat ſine
mandato. *l. licet C. de procurat.* Si tamen
dominus ratum habeat, quod geſtum eſt,
convaleſcet. *l. licet. ff. de judic.*

Nullius momenti eſt argumentum. Fal-
ſum eſt enim, quod aſſumitur. Teſtamen-
tum, in quo præteritus eſt ſuus hæres, nul-
40 lum eſt: non tamen favore ipſius filii, aut
ad vindicandam ejus injuriam. Hoc admiſſo
illud conſequens eſſet, etiam filio exhære-
dato nullum eſſe debere teſtamentum: magis
enim afficit injuriâ filium, qui eum nomi-
natim exhæredat, & expreſſè repellit ab hæ-
reditate, quàm qui ſilentio prætermittit, &
ad hæreditatem non vocat. Major eſt inju-
ria quemquam expellere, quàm non invi-
41 tare. Itaque in *Auth. ut cum. de appellat.
cognoſc.* §. *hac autem*, non de præteritione
agitur, ſed de exhæredatione, quæ verè in-
juria eſt, & ad quam vindicandam datur
querela inofficioſi. Et tamen præteritio vitiat
teſtamentum, exhæredatio non vitiat. *l.
inter cætera ff. de liber. & poſthum. princ. tit.
Inſtit. de exhæred. liber.*

Illud quoque falſum eſt, favore filiorum
conſtitutum fuiſſe, ut propter præteritio-
nem nullum ſit teſtamentum. Quid enim
rei eſt, cur non ſit pariter nullum & prop-
ter exhæredationem? cur liberi præteriti ve-
niant ab inteſtato, & quidem etiam invi-
42 ti? §. *ſui autem. in fin. Inſtit. tit. de hæred.
qual. & differ.* Sanè beneficium omne deſi-
nit eſſe beneficium, ſi cogas: beneficium
enim invito non datur. *l. invito ff. de reg.
jur.* Et verò quod beneficium, eſt, ut filius
cogatur etiam damnoſæ hæreditatis onus ſu-
bire? Itaque Prætor miſertus liberorum, ut
eos removeret ab oneribus non ſpontè ſuſ-
ceptis, abſtinendi beneficium introduxit. *l.
ſi filius 12. ff. de vulgar.* Enimverò ſi bene-
ficium eſt id, quod Prætor ipſis pollicetur,
ut abſtinere poſſint ab hæreditate; non eſt
beneficium neceſſitas ſuſcipiendæ hæredita-
tis. Hâc autem neceſſitate fit, ut nullum
ſit teſtamentum, in quo filius eſt præte-
ritus.

Quod igitur teſtamentum ſit nullum ob
præteritionem liberorum, id certâ juris ra-
tione conſtitutum eſt, non favore libero-
rum. Etenim cùm filius, & pater eadem
perſona cenſeantur, *l. ult. C. de impuber. &
al. ſubſtit.* filius etiam vivo patre quodam-
modo dominus bonorum paternorum fingi-
tur; ac propterea ejus morte filius non tam
dominium acquirit bonorum paternorum,
quàm eorum liberam adminiſtrationem. Do- 43
minium enim non transfertur in filium mo-
riente patre, ſed continuatur. *l. in ſuis 11.
ff. de liber. & poſt. §. ſui autem Inſtit. tit. de
hæred. qual. & differ.* Non poteſt igitur pa-
ter dominium in alium transferre, eum hæ-
redem inſtituendo, niſi priùs ipſum adimat
filio: cùm non poſſint eſſe duo domini in
ſolidum. *l. ſi ut certo §. ſi duobus ff. commod.*
Et cùm filius ſit hæres patris ipſo jure ſtatim 44
à morte patris. *l. in ſuis ff. de ſuis & legit.
hered. l. nihil intereſt §. longè ff. de bon. libert.*
non poteſt hæres eſſe ille, quem pater inſti-
tuit in teſtamento, quia duo hæredes in ſo-
lidum eſſe non poſſunt. *l. quod contra 141.
ff. de reg. jur.* Neceſſe eſt igitur non valere
ejuſmodi teſtamentum, quod hæredem non
habet. *l. 3. verſic.* Calpurnius *ff. de his quæ
in teſtam. del.* Hinc præteritio vitiat teſta-
mentum, non vitiat exhæredatio. Nam, 45
qui filium exhæredat, eum removet ab hæ-
reditate, *l. non putavit. in princ. ff. de bonor.
poſſ. contr. tab.* adeòque remoto filio locum
facit hæredi, quem inſtituit. At, qui fi-
lium ſilentio prætermittit, neque eum re-
movet ab hæreditate, neque ab eo domi-
nium avocat; adeòque nec hæres inſtitutus
hæres eſſe poteſt, nec in eum transferri do-
minium, quod continuatur in filium.

Præterea etſi demus id favore filiorum
fuiſſe conſtitutum, tamen illud proindè
non conſequitur, filium poſſe huic favori
renunciare, adeò ut hâc renunciatione re-
viviſcat teſtamentum, quod erat ipſo jure
nullum. Nemo enim poteſt ſuâ renunciatio-
ne aut mutare ſolemnia juris, aut formam
actûs: quia cùm hæc à legè præſcribantur,
hominis voluntate mutari, & perverti non
poſſunt. *l. nemo poteſt ff. de leg. 1.* Nam li- 46
cèt reſpiciant etiam favorem ſingulorum,
tamen reſpiciunt etiam jus Publicum, quod
priva-

privatorum pactis mutari non poteſt. *l. jus Publicum ff. de pact. l. ult. ff. de ſuis & legit. hered.* Quare licèt ſolemnitas ſeptem teſtium conſtituta ſit favore teſtatoris, ne qua fraus, aut dolus obrepat; *l. ult. C. de fideicom.* tamen teſtator huic ſolemnitati renunciare non poteſt, nec cavere, ut ſuſtineatur teſtamentum ſine hâc ſolemnitate. *l. ſi unus C. de teſtam.* Licèt neceſſitas inſtituendi patronum vergat in favorem patroni; tamen hanc neceſſitatem patronus remittere non poteſt.
47 *l. Paulus* 47. §. *Patroni ff. de bon. libert.* Licèt querela inoſſicioſi teſtamenti tendat in favorem filii exhæredati, tamen filius patri nequit hoc jus remittere. *l. ſi quando* 35. §. *illud C. de inoff. teſtam.* Licèt jusjurandum reſpiciat favorem litigantium, tamen ipſorum conventione huic renunciari non poteſt. *l.* 2. §. *ſed quia veremur C. de jurejur. propt. calumn.* Et infinita in jure noſtro occurrunt exempla.

Secundò opponi poteſt, quòd, cùm non omnes conditiones ſuſpendant actum, ſed ſint quædam conditiones reſolutivæ, quarum eventu actus, qui initio valebat, reſolvitur; *l.* 2. *ff. de in diem addict. l.* 1. *ff.*
48 *de leg. commiſſ.* nihil impedit, quominùs teſtamentum ſit initio nullum, & poſtea filio abſtinente reſolvatur hæc nullitas, & teſtamentum convaleſcat. Sic teſtamentum, quod initio valet, poſtea reſolvitur hærede non adeunte hæreditatem. *l. ſi nemo* 181. *ff. de reg. jur. l. eam quam C. de fideicom.* Si legatarius à ſe repulerit legatum, numquam videtur ejus dominus fuiſſe: *l. ſi tibi homo* 88. §. *cum ſervus ff. de legat.* 1. licèt dominium ſtatim, & rectâ viâ tranſeat in legatarium. *l. à Titio* 64. *ff. de furt.*

Reſpond. quòd, ſi filio abſtinente reſolveretur nullitas teſtamenti, non opus fuiſſet confugere ad æquitatem, ut ſuſtineatur
49 voluntas teſtatoris: nam ſi nullitas teſtamenti penderet à conditione reſolutivâ, exiſtente conditione nullitas reſolveretur; eàque reſolutâ teſtamentum ipſo jure ſubſiſteret: ut accidit in exemplis allatis.

Præterea haud ſcio, an uſquam detur conditio reſolutiva nullitatis. Datur quidem conditio reſolutiva actûs: ſed conditio reſolutiva nullitatis videtur eſſe ſuſpenſiva actûs, præſertim cùm agitur de hæreditate in qua conditio, & aditio retròtrahitur ad 50
tempus mortis. *l. heres quandoque ff. de acquir. hered.* Nam ſi reſolvitur ab initio nullitas, valet teſtamentum; ſi non reſolvitur, numquam valuit. Itaque dum incerta 51
eſt hæc reſolutio, in ſuſpenſo eſt, an valeat, vel non valeat teſtamentum.

Sed impugnatur reſponſio ex *l. filio præterito ff. de injuſt. rupt.* ubi dicitur ſuſtineri teſtamentum ex bono, & æquo: ergo de jure Civili, quod bonum & æquum eſt. *l.* 1. *ff. de juſt. & jur.*

Reſp. quòd in ea lege juris nomen in genere accipitur, & comprehendit jus Naturale, jus Gentium, jus Civile, jus Prætorium; adeòque non poteſt ita concludi: ſuſtinetur ex bono, & æquo, ergo ſuſtinetur jure Civili: maximè ſi ſumamus jus Civile in ſpecie, tamquam diſtinctum à jure Prætorio. Licèt omne jus ſit bonum, & 52
æquum, tamen id maximè omnium convenit juri Prætorio, quia Prætor ſemper æquitatem ſequitur: minimè omnium convenit juri Civili, quod ſæpenumero opponitur æquitati. *l.* 2. §. *quamquam ff. de aqua, & aqua pluv.* Donat. *in Terent. in Adelph. act.* 1. *ſc.* 1. *Inter jus, & æquitatem hoc intereſt: jus eſt, quod omnia recta, & inflexibilia exigit: æquitas eſt, quæ de jure multùm remittit.* Senec. *lib.* 7. *controv.* 4. *Albu-* 53
tius non juris fecit illam quæſtionem, ſed æquitatis. Symmach. *epiſt.* 52. *lib.* 10. *In pleriſque cauſis alterum jure, alterum æquitate niti.* Cic. *pro Cæcin. Si contrà verbis, & litteris, & ut dici ſolet, ſummo jure contendatur, ſolent hujuſmodi iniquitati, æqui, & boni nomen dignitatemque opponere.* Quintilian. *lib.* 4. *Eſt aliquid æquum, ſed prohibitum jure.* Et in noſtra *lege filio præterito* æquitas juri opponitur. ibi: *licèt ſubtilitas juris refragari videatur.*

Poſſet etiam opponi text. in *l. inter cætera ff. de liber. & poſt.* conſiderando verbum illud, *rumpatur*: quod enim ipſo jure nullum eſt, non rumpitur, nec rumpi po- 54

Digitized by Google

teſt. *l. nam etſi 5. verſ. poſt defectum ff. de injuſt. rupt.*

Reſp. quòd rumpitur quidem teſtamentum, ſed rumpitur ſtatim, & rumpitur ipſo jure: *l. maximum vitium C. de liber. præt.* hoc eſt, teſtamentum eſt nullum, eſt inutile. Sic enim in laudata *l. inter cætera ff. de lib & poſthum.* explicatur in fine legis verbum illud *rumpatur*. Et meritò: quia teſtamentum verè fecit teſtator. Cur igitur hujuſmodi teſtamentum nullum eſt? cur teſtator decedit inteſtatus, perindè ac ſi teſtamentum non fuiſſet? nempè, quia teſtamentum ſtatim rumpitur, & infringitur à
55 lege. Quapropter in *l. ex facto §. Lucius Titius ff. de vulgar.* pro eodem accipit Paulus infirmari teſtamentum, & teſtamentum nullius eſſe momenti. In eadem ſignificatione hæc accipiuntur in *l. 1. §. 1. ff. de ſer. l. juris gentium 7. §. & generaliter ff. de pact.*
56 Nam, quòd ex poſt facto reſcinditur, utique aliquando valuit: quòd autem ſtatim rumpitur, & evertitur ipſo jure, & à lege, quæ non indiget tempore ad operandum, ſemper fuit nullum.

CAPUT XI.

Ad eamdem l. filio præterito ff. de injuſt. rupt.

SUMMARIUM.

1 *Ex teſtamento rupto nihil peti poteſt.*
2 *Teſtamentum aut jure Civili, aut jure Prætorio valet.*
3 *Filio præterito abſtinente teſtamentum jure Prætorio convaleſcit. Probatur nn. ſeqq. per tot.*
4 *Verba* ex bono & æquo *maximè conveniunt Prætori, qui ſemper æquitatem ſpectat.*
5 Tuendi *verbum ad Prætorem refertur.*
6 *Filio præterito abſtinente, Prætor dat ſcriptis hæredibus bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re & n. 13.*
7 *Per beneficium abſtinendi hæres neceſſarius à Prætore habetur pro voluntario.*
8 *Abſtinens à Prætore non habetur pro hærede.*
9 *Prætor non poteſt improbare teſtamentum, cùm dat præterito beneficium abſtinendi.*
10 *Cùm filius à Jure pro voluntario habetur, teſtamentum ſuſtinetur.*
11 *Teſtamentum, in quo præteritus eſt filius, jure Prætorio non eſt nullum: & quare. & n. 26.*
12 *Inſtitutio, & exhæredatio non eſt de forma teſtamenti Prætorii.*
14 *Quod Prætor impugnat, non eſt ipſo jure nullum. Contraria ſunt inter ſe fieri aliquid* ipſo jure, & jure Prætorio.
15 *Quoad Prætorem in pari cauſa ſunt omnes liberi.*
16 *Filio inſtituto ſub conditione Prætor dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas.*
17 *Datur hæc ſolùm ritè inſtitutis.*
18 *Succeſſio Prætoria ex teſtamento duplex, ſecundùm, & contra tabulas.*
19 *Filio exhæredato valet teſtamentum & quare.*
20 *Ceſſante bonorum poſſeſſione contra tabulas, Prætor dat ex teſtamento ſecundùm tabulas.*
21 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur etiam inſtitutis, commiſſo per alium præteritum edicto.*
22 *Quoties teſtamentum ſolâ juris ſubtilitate non valet, ſuſtinetur à Prætore. Vide exempla numeris ſeqq. & n. 28.*
27 *Agnatione poſthumi, poſteriore teſtamento, capitis diminutione non rumpuntur teſtamenta jure Prætorio.*
29 *Inſtitutio non debet ex alieno arbitrio pendere. Et multò minùs delatio hæreditatis.*
30 *Diſtinguitur hæc propoſitio.*
31 *Repudians, & abſtinens non poteſt dici arbiter, & dator hæreditatis, quia à lege, vel Prætore ea datur.*
32 *Exempla, quibus in alicujus poteſtate eſt ipſa delatio hæreditatis. & 33. Hærede non adeunte corruit ſubſtitutio pupillaris.*
33 *Et corruit exhæredatio.*
34 *Filio præterito ſucceditur ab inteſtato per bonorum poſſeſſionem* unde liberi. *Diſtingue ut n. 35.*
36 *Exhæredatis non datur bonorum poſſeſſio contra tabulas.*
37 *Si præteritus petat contra tabulas, datur exhæredato querela: ſi verò dicat teſtamentum nullum, datur bonorum poſſeſſio unde liberi.*
38 *Ex teſtamento, in quo præteritus eſt ſuus hæres, nemo hæres eſſe poteſt.*
39 *Non poteſt filius abſtinere ab hæreditate non delatâ.*
40 *Non defertur ab inteſtato, niſi ceſſet ex teſtamento.*
41 *Jus Civile non defert hæreditatem ex eo teſtamento, in quo præteritus eſt filius: ſecùs eſt de jure Prætorio.*
42 *Olim in ſuis non erat ſucceſſio.*

TEſtamentum, in quo præteritus eſt ſuus hæres, etiamſi ille abſtineat hæreditate, tamen jure Civili non convaleſcere ſuprà demonſtratum eſt. Conſtat tamen, legata, & libertates eſſe præſtandas, & tuendam voluntatem teſtatoris. *l. filio præterito in fin. ff. de injuſt. rupt.*
Conſtat etiam, ex teſtamento rupto nihil 1

peti poſſe. *l. 1. ff. de poſthum. hered. inſtit.* Conſequens igitur eſt, ut dicamus teſtamen-
2 tum jure Prætorio ſuſtineri. Omne enim teſtamentum aut jure Civili, aut Prætorio ſubſiſtit. *l. teſtamentum ff. qui teſtam. facere poſſ.*

3 Secundò probatur perpendendo verba Papiniani in eadem *l. filio præterito*, quæ maximè ſunt accommodata ad indicandum
4 jus Prætorium. Ac primùm verba illa *ex bono & æquo*, Prætori maximè conveniunt, *l. ſi domus 71. §. in pecunia ff. de legat. 1. l. non ſolum 11. §. 1. ff. de injur. l. & ſi quis 14. §. hæc actio ff. de religioſ. & ſump ib. funer. l. 5. §. hoc autem ff. de his qui dejec.* qui ſemper æquitatem ſectatur. *l. 1. ff. de pact.* l. 1. *ff. de conſtit. pecun l. 1 ff. de collat. l. 1. ff. quod quiſque jur. l. 1. ff. de legat præſt. l. 1. ff. de minor. l. 1. ff. quod falſo tutor. l.*
5 *3. C qui bon. ced. l. 2. ff. unde cognati.* Accedit *tuendi* verbum, quod ad Prætorem ferè ſemper referri ſolet: *l. 1. §. proponitur ff. de ſuperfic. l. 1. §. hoc interdicto ff. de itinere act. priv ato l. 4. §. 1. ff. de doli & met. exc. l. 1. §. 1. ff. ne vis fiat ei, l. ult. in princ. verſic. hoc caſu ff. de jurejur. l. mancipiorum ff. de option. legat. l 1. ff. quib. mod. uſuſf. l. ſi uſusfructus 9. §. illud, ff. uſuſfr. quem caveat.* & maximè cùm agitur de bonorum poſſeſſione, quæ eſt ſucceſſio Prætoria, & ſolâ nititur autoritate, & juriſdictione Prætoris, ut in *l. 1. §. ult. & in l. 2. ff. ſi tab. teſtam. nullæ extab. l. 1. § ibidem. ff. de collation. l. 1. ff. de ventre in poſſ. mitt. l. 1. §. ſi ſub ea conditione, & l. ſi ſub conditione 5. ff. de bonor. poſſ. ſecund. tabul. l. 3. §. ſi ſub ea conditione. l. filium 20. ff. de bon. poſſ. contra tab. l. ult. §. 1. ff. de legat. præſt.* Rectè igitur in noſtra lege dixit Papinianus tueri vo-
6 luntatem defuncti: quia Prætor hæredibus ſcriptis in teſtamento dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quæ cum re, & effectu eſt, filio abſtinente, ut infrà probabimus; atque ita tuetur voluntatem defuncti, hoc eſt tuetur ipſum teſtamentum: ita enim uſurpantur hæc verba in *l. ſi ſuſcepto 29. in princ. ff. de inoffic. teſtam.*

III. Prætor in ea lege dat beneficium abſtinendi filio præterito: beneficium enim abſtinendi à Prætore datur. *§. ſui autem in fin. Inſt. tit. de hæred. qual. & differ. l. neceſſariis ff. de acquir. vel omit. hæred. l. nam nec emancipatus ff. de legat.* 1. ergo Prætor, cujus beneficio filius præteritus approbat teſtamentum paternum, debet idem teſtamentum confirmare, ac tueri.

Confirmatur, quia per beneficium abſtinendi filius, qui jure Civili eſt hæres neceſſarius à Prætore, habetur quaſi voluntarius. *l. nam nec emancipatus ff. de legat.* 1. 7
Quemadmodum igitur valeret teſtamentum, ſi præteritus eſſet hæres voluntarius; ita, quoad Prætorem, ſuſtineri debet teſtamentum, in quo præteritus eſt is, qui quoad Prætorem eſt voluntarius.

Et licèt ſuus hæres pro voluntario non habeatur, ſi nolit uti beneficio Prætoris, quia Prætor dat hoc beneficium ſolummodò volentibus; *§. ſui autem Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.* tamen filium, qui abſtinuit, hæredis loco non habet. *l. ſi filius 12. ff. de interrogat. in jure fac.* Nulla igitur eſt ratio, 8
cur à Prætore non ſuſtineatur teſtamentum illud, in quo præteritus eſt ille, qui à Prætore non ſolùm habetur pro voluntario, ſed etiam removetur ab hæreditate, & pro hærede non habetur. Abſurdum enim eſſet à Prætore reprobari teſtamentum illud, quod nullo vitio laborat. An enim Prætor judicabit vitioſum eſſe illud teſtamentum, in quo teſtator non vocavit ad hæreditatem eum, quem Prætor ipſe removit ab hære- 9
ditate? ſecum ipſe pugnaret Prætor, ſi improbaret voluntatem teſtatoris non inſtituentis hæredem eum, quem ipſe pro hærede non habet. Teſtator filium hæredem eſſe non vult: Prætor pariter eumdem hæredem eſſe non vult. Eſt igitur Prætoris voluntas conſentanea voluntati teſtatoris. Quomodò ergò poteſt improbare voluntatem teſtatoris, & denegare bonorum poſſeſſionem hæredibus inſtitutis?

Confirmatur evidentiùs, quia, quoties ſuus hæres jure Civili fit hæres voluntarius, valet jure Civili teſtamentum, & hæres inſtitutus non repellitur ab adeunda hæredita-

te: ergo etiam, quoties ſuus hæres, quoad Prætorem, eſt hæres voluntarius, valebit jure Prætorio teſtamentum, & hæres inſtitutus non repelletur à ſucceſſione prætoria,
10 hoc eſt à bonorum poſſeſſione. Jure Civili ſuus hæres fit hæres voluntarius, quando à parente fuit hæres inſtitutus ſub conditione arbitraria. Poteſt enim parere conditioni, & hæres eſſe: poteſt & conditioni non parere, quo caſu hæres non erit, & potiùs voluntate ſua videbitur à ſe abdicaſſe hæreditatem, quàm à patre fuiſſe privatus. Quapropter, ſi non pareat conditioni, patrem inteſtatum non facit, & hæres inſtitutus admittitur. *l. ſuus 4. ff. de hæred. inſtit.* Jure Prætorio fit hæres voluntarius per beneficium abſtinendi: *l. nam nec emancipatus ff. de leg. 1.* & abſtinendo abdicat à ſe hæreditatem, & à Prætore pro hærede non habetur. *l. ſi filius 11. ff. d. interr. action.* Sicut igitur jure Civili hæres inſtitutus in teſtamento admittitur, quando ſuus eo jure habetur pro voluntario, & à ſe abdicavit hæreditatem; ita jure prætorio debet admitti, quoties ſuus à Prætore habetur pro voluntario, & à ſe abdicavit hæreditatem beneficio Prætoris. Atque id tantò magis, quia in eo concurrit ſolùm ipſius voluntas abdicandi hæreditatem: in hoc præter voluntatem ipſius concurrit etiam juriſdictio Prætoris, cujus autoritate abſtinet ab hæreditate. Quamobrem tenetur quodammodo Prætor approbare teſtamentum, quod filius Prætoris autoritate fictus approbavit.

IV. Teſtamentum, in quo præteritus eſt filius, licèt ſit jure Civili nullum; *l. 1. ff. de injuſt. rupt. l. inter cætera ff. de ſuis & legit. hæred. l. maximum vitium C. de liber. præter.* tamen jure prætorio non eſt ipſo jure nullum, etiamſi à Prætore improbetur, &
11 à filio impugnetur. Ac propterea Prætor adversùs hujuſmodi teſtamentum dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas. *§. ſunt autem Inſt. tit. de bonor. poſſeſſ. §. emancipatos Inſtit. tit. de exhæred. liber. l. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* At bonorum poſſeſſio contra tabulas eſt ex teſtamento. *§. ſunt autem Inſtit. tit. de bon. poſſeſſ.* Et per eam ſucceditur ex teſtamento, non ab inteſtato. *l. 1. §. ita autem ff. unde liberi. l. quis autem 6. §. hoc edictum ff. ſi quis om. ſ. cauſ. teſtam.* Imò bonorum poſſeſſio contra tabulas non datur, niſi teſtamentum ſit validum, & ſaltem jure Prætorio ſubſiſtat. *l. ſi duobus 12. in fin. verſic. & ita jus habet l. quod vulgò 21. ff. de bonor. poſſeſ. contr. tab. l. 1. § ſi hæres ff. ſi tab. teſtam. null. exſtab.* Igitur de jure Prætorio non eſt ipſo jure nullum teſtamentum, in quo præteritus eſt filius. Et ratio duplex 12
eſt. Prima, quia Prætor in ſuo teſtamento non exigit pro forma inſtitutionem, & exhæredationem liberorum, quæ ſolùm jure Civili exiguntur; ſed ſufficiunt ſigna ſeptem teſtium. *§. ſed prædicta Inſtit. tit. de teſtam. ordinan. l. cùm tabulæ & l. ut bonorum ff. de bonor. poſſeſ. cont. tabul.* Et ideò, licèt teſtamentum jure Civili ruptum fuerit propter præteritionem, tamen Prætor dat ex eo 13
teſtamento bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, ut ait Ulpian. *in fragment. tit. quemadm. teſtam. rump. Si ſeptem ſignis teſtium ſignatum ſit teſtamentum, licèt jure Civil ruptum, vel irritum factum ſit, Prætor ſcriptis hæredibus juxta tabulas bonorum poſſeſſionem dat.* Altera ratio eſt, quia, quòd lex improbat, poteſt eſſe ipſo jure nullum, & pro infecto haberi. *l. non dubium C. de legib.* Quod verò improbat, & impugnat 14
Prætor, non fit ipſo jure nullum, cùm Prætoris autoritas non habeat vim legis. Sunt enim hæc inter ſe contraria, fieri aliquid ipſo jure, & fieri jure Prætorio, vel tuitione Prætoris. *l. 1 ff. quib. mod. uſusfruct. amitt. l. 1. in fin. ff. de ſuperfic. l. 1. §. penult. ff. quod falſo tutor. l. ſi uſusfructus 9. §. illud ff. uſusfruct. quemadm. cav. princ. tit. Inſtit. de perpet. & temp. act.* Impugnat igitur Prætor teſtamentum, in quo præteritus eſt filius, non tamen illud reſcindit, aut reddit ipſo jure nullum, aut defunctum facit inteſtatum, ut aliàs luculentè demonſtravimus.

Confirmatur, quia ratio, propter quam teſtamentum jure Civili nullum eſt præterito filio in poteſtate exiſtente, tota eſt juris Civilis, & ceſſat jure Prætorio. Ratio enim,

Digitized by Google

cur teſtamentum ob præteritionem ſit ipſo jure nullum, nititur fictione juris Civilis, quod fingit filios etiam vivo patre quodammodo dominos bonorum paternorum, & continuationem dominii in filios mortuo patre, *l. in ſuis* 11. *ff. de liber. & poſthum.*
15 ut ſuprà copioſè expoſuimus. Hæc autem fictio, hæc continuatio à Prætore non attenditur: nam ipſe in pari cauſa habet emancipatos, & exiſtentes in poteſtate, & omnes eodem modo admittit ad ſucceſſionem. *§. emancipatos Inſt. tit. de exhæred. liber.* & nemo acquirit Prætoriam ſucceſſionem ipſo jure, ſed omnes petere debent & agnoſcere bonorum poſſeſſionem. Itaque, cùm jus Prætorium ſuos hæredes non faciat; nec imponit neceſſitatem eos inſtituendi, aut exhæredandi, nec ſtatuit, nullum eſſe teſtamentum, in quo præteriti fuerunt.

Item confirmatur, quia jure Civili teſtamentum nullum eſt, etiam cùm filius fuit inſtitutus ſub conditione, quæ non eſt in ejus poteſtate: cùm enim deficere poſſit, pro præterito habetur. *l. ſuus* 4. *ff. de hæred. inſtit. l.* Lucius 83. *ff. de condit. & demonſtr.*
16 *l.* 4. *C. de inſtit. & ſubſtit.* Et tamen ex hoc teſtamento Prætor dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas: *l.* 2. *§.* 1. *ff. de bonor. poſſeſ. ſec. tab.* quam bonorum poſſeſſionem dat ſolummodò jure ſcriptis hæredi-
17 bus, & utiliter inſtitutis. *§. ſunt autem Inſtit. tit. de bonor. poſſeſ. l. hi demum* 6. *ff. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul.*

His poſitis, cùm mortuo patre omninò deferri debeat ejus ſucceſſio: neceſſe eſt ut deferatur aut ſucceſſio ex teſtamento, aut ab inteſtato: neque enim ullum aliud eſt genus ſucceſſionis. *§. ult. Inſtit. tit. per quas perſon. cuique acquiritur.* Non poteſt jure Prætorio deferri ſucceſſio ab inteſtato, quia, cùm jure Prætorio ſubſiſtat teſtamentum, defunctus non deceſſit inteſtatus. *princ. tit. Inſt. de hæred. quæ ab int. l.* 1. *ff. de ſuis, & legit. hæred.* Sequitur igitur ut deferatur ſucceſſio ex teſtamento. Succeſſio Prætoria ex teſtamento duplex eſt: contra tabulas, &
18 ſecundùm tabulas. *§. ſunt autem Inſtit. tit. de bonor. poſſeſ.* bonorum poſſeſſio contra tabulas locum habere non poteſt, quia filius, cui competebat, abſtinuit hæreditate. Supereſt igitur ſolummodò bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas. Nec poteſt Prætor aliam bonorum poſſeſſionem dare, ſi vult aliquam bonorum poſſeſſionem date, ut ſemper dat.

V. Filio exhæredato valet jure Civili teſtamentum; & ſcriptis hæredibus ex teſtamento defertur hæreditas. *princ. tit. Inſt. de exhæ-* 19
red. liber. princ. tit. Inſtit. de inoffic. teſtam. l. Papinianus 8. *§. ſi conditioni, verſic. quoniam ff. de inoffic. teſt.* Atque id non aliâ ratione, niſi quia pater filium exhæredando avocat ab eo dominium bonorum paternorum, quod vivo patre habere fingebatur, eoque mortuo in ipſum continuatur, ut in ſuperiore expoſuimus. Atqui hæc continuatio non obtinetur jure Prætorio, ſed tantùm fictione juris Civilis: & per beneficium abſtinendi Prætor avocat à ſuo hærede dominium, ſicut avocat teſtator eum exhæredando. Ergò, ſicut filio exhæredato admittitur hæres inſtitutus ad hæreditatem, ita filio abſtinente debebit hæres inſtitutus admitti ad bonorum poſſeſſionem: maximè cùm Prætor admittat ad bonorum poſſeſſionem hæredem inſtitutum, quando filius fuit exhæredatus, & ab eo avocatum dominium à patre. Quantò magis eumdem igitur admittere debet, quando ipſe dominium illud à filio avocavit?

VI. Prætor ſcriptis hæredibus dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, & ſequitur judicium defuncti, quoties à liberis occupata non fuit bonorum poſſeſſio contra tabulas: quare, ſi aut tempus ejus petendæ fuerit finitum, aut eam repudiaverint, aut ante deceſſerint, vel jus petendæ bonorum poſſeſſionis amiſerint, tunc revertitur bonorum poſſeſſio ad ſcriptos. Ita Ulpianus in 20
l. 1. *in princ. ff. de bonor. poſſeſ. ſecund. tab.* Idem Ulpian. *in fragm. tit. de poſſeſ. dand. Secundùm tabulas bonorum poſſeſſio datur ſcriptis hæredibus, ſcilicèt ſi eorum, quibus contra tabulas competit, nemo ſit, aut petere nolit.* Et in titulo *quemadmod. teſtam. rumpantur: Si ſeptem ſignis teſtium ſigna-*

tum ſit teſtamentum, licèt jure Civili ruptum, vel irritum factum ſit, Prætor ſcriptis hæredibus juxta tabulas bonorum poſſeſſionem dat, ſi teſtator, & civis Romanus, & ſuæ poteſtatis, cùm moreretur, fuit: quæ bonorum poſſeſſio cum re, id eſt cum effectu habetur, ſi nemo alius jure hæres ſit. Quare Imperator Alexander in *l. 2. C. de bonor. poſſeſ. contra tab.* ait, *bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas locum habere non poſſe, ſi petita ſit bonorum poſſeſſio contra tabulas*: quo tacitè innuit, quòd, ſi contra tabulas petita non ſit, locum habet ſecundùm tabulas. Argumento text. in *l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. eſt juriſd.* Ex quibus evidentiſſimè conſtat, quòd filio præterito abſtinente, Prætor ſequitur judicium defuncti, & dat ſcriptis hæredibus bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas: nam quoties filius abſtinet ab hæreditate, repudiat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, & ejus petendæ jus amittit.

Imò in caſu propoſito in noſtra *l. filio præterito ff. de injuſt. rupt.* in qua inſtituti fuerunt fratres abſtinentis, habent illi bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi velint, quia per filium præteritum committitur edictum,
21 etiamſi non petierit. *l. nonnumquam 14. & ll. ſeqq. ff. de leg. præſt. l. ſi poſt mortem 10. §. ult. ff. de bonor. poſſ. contra tab.*

Denique in noſtra *l. filio præterito ff. de injuſt. rupt.* teſtamentum non valet merâ juris ſubtilitate: ibi: *licèt ſubtilitas juris refragari*
22 *videatur.* ſed quoties teſtamentum non valet juris ſubtilitate, ſuſtinetur à Prætore per bonorum poſſeſſionem. Probatur id primò, quia ſi poſthumus ſit præteritus, & naſcatur poſt conditum teſtamentum, ſtatim rumpit teſtamentum, nec convaleſcit teſtamentum, etiamſi poſthumus vivo teſtatore moriatur. *l. 2. C. de poſt. hæred. l. ſi à primò 8. in fin. ff. de*
23 *liber. & poſt.* Quia tamen nimiâ juris ſcrupuloſitate, ac ſubtilitate ruptum videtur, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accipere hæres ſcriptus poteſt. Sunt verba Ulpiani in *l. poſthumus 12. ff. de injuſt. rupt.* Utrobique teſtamentum rumpitur præteritione ſui hæredis: utrobique teſtamentum non valet juris ſubtilitate. Ex hoc teſtamento conſtat dari bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas: cur non detur etiam ex illo?

Probatur alio exemplo. Si teſtamentum factum fuerit irritum capitis diminutione, 24
licèt tollatur capitis diminutio, & teſtator ad priſtinum ſtatum revertatur, tamen teſtamentum jure Civili non valet. Quoniam verò, ſi teſtator declaret ſe manere in priſtina voluntate, & velle decedere cum eo teſtamento, ſola juris ſubtilitas refragatur, Prætor tuetur voluntatem defuncti, & dat ſcriptis hæredibus bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. *l. qui ex liberis §. teſtamento. ff. de bonor. poſſ. ſec. tab. §. alio autem modo.* juncto *§. non tamen Inſtit. tit. quib. mod. teſt. infirm.*

Alterum exemplum habetur in eâdem *l. qui ex liberis §. teſtamento.* Si quis poſteriore teſtamento facto poſtremas tabulas incidiſſet, eâ mente, ut prius teſtamentum valeret; prius teſtamentum, licèt jure Civili non valeat, ruptum à poſteriore, *§. poſteriore Inſt.* 25
tit. quib. mod. teſtam. inf. tamen ſuſtinetur jure Prætorio, & datur à Prætore bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ſcriptis in primo teſtamento. Alterum exemplum eſt in *poſthumus 12. verſic.* idem & circa injuſtum *ff. de* 26
injuſto rupt. Animadvertendum autem eſt, quòd in ſuperioribus exemplis, quantùm attinet ad jus Prætorium, teſtamenta illa verè non rumpuntur, aut irrita fiunt; ſed ſcriptis hæredibus petentibus bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, aut obſtat bonorum poſſeſſio contra tabulas, quam Prætor dat liberis præteritis; aut obſtat exceptio mutatæ voluntatis. Obſtat bonorum poſſeſſio contra tabulas, quia, quando liberi præteriti fuerunt in teſtamento ſive poſthumi, ſive jam nati, Prætor æquiſſimum ordinem ſequitur dando priùs bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberis præteritis, mox ſecundùm tabulas ſcriptis hæredibus, ceſſante contra tabulas. Quare mortuo poſthumo, aut filio præterito, aut eo abſtinente, non reviviſcit propriè teſtamentum, quod jure Prætorio numquam fuit extinctum, aut ruptum; ſed tollitur impedimentum bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quæ obſtabat, quo minùs à

Digitized by Google

Prætore daretur poſſeſſio ſecundùm tabulas ſcriptis hæredibus : *l. 2. C. de bonor. poſſeſſ. contr. tab. l. 2. in princ. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* in qua ſunt obſervanda verba illa : *tunc revertetur bonorum poſſeſſio ad ſcriptos.* Revertitur ad ſcriptos , quia & ante non erant penitùs excluſi, ſed ſolùm obſtabat ipſis impedimentum bonorum poſſeſſionis contra tabulas , quæ præfertur , ac prævertit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. Sublato hoc impedimento revertitur ad eos bonorum poſſeſſio , ad quam & anteà erant vocati.

Obſtat exceptio , quoties aut teſtamentum ruptum eſt poſteriore teſtamento, aut factum
27 irritum capitis diminutione : quia jure Prætorio verè non concidit teſtamentum , ſed ſcripto hæredi opponitur exceptio doli deficiente voluntate teſtatoris , qui primam voluntatem mutavit , cùm ſecundum condidit teſtamentum , aut cum ſe dedit in arrogationem. *d. l. qui ex liberis §. teſtamento.* Quoties autem teſtator ad primam voluntatem regreſſus eſt , aut Incidendo ſecundum teſtamentum , aut factus ſui juris declarando voluntatem ſuam , tunc infringitur illa exceptio , & vires amittit : quia eam opponens nullum jus habet , cùm opponat mutatam fuiſſe à teſtatore voluntatem , qui cum eâ voluntate deceſſit , & novâ voluntate primam voluntatem confirmavit. Si teſtamentum concidiſſet , nudâ voluntate revocari non poſſet , ſed neceſſarium eſſet novum teſtamentum. Quia teſtamentum jure Prætorio non concidit , ſed ſolùm ope exceptionis infirmatur ; ad elidendam hanc exceptionem ſufficit nuda voluntas teſtatoris. Hæc ſunt , quæ breviter indicantur in *d. l. qui ex liberis.*

Ex his apparet , quòd , quando teſtamentum non deficitur voluntate teſtatoris , ſed
28 ſola juris ſubtilitas refragatur , Prætor ex eo dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas: quia Prætor in teſtamento ſolùm requirit ſigna ſeptem teſtium , & ut teſtator , cùm moritur , ſit civis Romanus , & ſuæ poteſtatis , ut docet Ulpianus in *fragment. loco laudato.* Illud etiam explorati juris eſt , ejuſmodi teſtamenta jure Prætorio nulla atque inutilia non eſſe ; ſed vires non habere , quamdiu ipſis obſtat aliquod impedimentum vel exceptionis, vel bonorum poſſeſſionis contra tabulas ; ſublato autem impedimento vires ſuas recuperarè , & ſcriptos hæredes cum re bonorum poſſeſſionem obtinere.

Expendamus modò , quid contrà poſſit opponi. Primum autem illud eſt , quod non debet eſſe in poteſtate cujuſquam , ad quem bona , & hæreditas alterius debeant pertinere , quia inſtitutio ex alieno arbitrio pen- 29
dere non debet. *l. illa inſtitutio ff. de hæred. inſtit.* & appoſitè ad rem noſtram Juſtinianus in *§. at hi verſic. & ideò Inſtit. tit. de hæred. quæ ab int.* ubi ait , quòd eſſet iniquum in poteſtate patris adoptivi eſſe , utrum bona patris naturalis ad liberos , an ad agnatos debeant pertinere. Atqui , ſi filio præterito abſtinente convaleſceret teſtamentum , eſſet in poteſtate ipſius filii , utrum bona patris ad ſcriptos hæredes pervenire debeant , an ad hæredes ab inteſtato. Nam eo abſtinente admitterentur ſcripti hæredes , quia convaleſceret teſtamentum : eo non abſtinente admitterentur hæredes ab inteſtato , quia teſtamentum corrueret. Atque adeò etiam inſtitutio ab ejus arbitrio penderet.

Sed facilis eſt , & prompta diſtinctio. Iniquum profectò eſt poni in poteſtate cujuſquam extranei , qui nullum jus habet in 30
hæreditate , utrum ea ad hunc vel ad illum pertinere debeat ? nemo enim alienæ hæreditatis , aut legati arbiter , & dator eſſe poteſt. *l. illa inſtitutio ff. de hæred. inſt. l. nonnumquam ff. de cond. & demonſtr.* Et de hoc caſu agitur in laudato §. *at hi* 10. *Inſtit. de hæred. quæ ab int. defer.* At verò non eſt iniquum , ut ille , qui vocatur ad hæreditatem, eam admittendo , vel non admittendo efficiat, ut hæreditas , quam à ſe rejecit , ad alium pertineat. Et ratio eſt , quia tunc hæres utitur jure ſuo. Nam ſi eſt hæres voluntarius, habet à lege jus deliberandi , & poteſt vel adire , vel repudiare hæreditatem pro ſuo arbitrio. *§. extraneis Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ. l. 1. ff. de jure delib.* Si eſt neceſſarius , etſi hoc jus non habeat à jure Civili , tamen habet à jure Prætorio , quo ipſi tribuitur jus abſtinendi ; *§. ſui autem*

Digitized by Google

Inſt. de hæred. qual. & differ. quo filius abſtinens comparatur hæredi voluntario non adeunti. *l. nam nec emancipatus* 89. *ff. de legat.* 1. Ergò tam hæres voluntarius, qui repudiat, quàm ſuus hæres, qui abſtinet, jure ſuo utuntur. An igitur iniquum erit quemquam jure ſuo uti? Pugnant hæc inter ſe: jure ſuo uti, & iniquè agere. Neque hæres, qui repudiat hæreditatem, arbiter
31 eſt, & dator hæreditatis. Licèt enim eo repudiante fiat irritum teſtamentum, & hæreditas deferatur ad hæredes ab inteſtato, tamen illis non datur hæreditas ab ipſo hærede, ſed à lege. Hæres tantummodò repudiat hæreditatem, ad ſe pertinentem, quod cùm facit, jure ſuo utitur; cæterùm nihil diſponit circa hæreditatem repudiatam: ſed circa eam diſponit ipſa lex. Diſponit autem teſtamentum irritum fieri; eoque irrito facto vocat hæredes ab inteſtato. *l.* 1. *ff. de injuſt. rupt. princ. Inſtit. tit. de hered. quæ ab int.* Sicut igitur iniquum non eſt, hærede repudiante, deferri hæreditatem ad hæredes ab inteſtato; ita iniquum non eſt, filio prætérito abſtinente, deferri bonorum poſſeſſiones ad ſcriptos hæredes. Eo caſu datur hæreditas à lege, non ab hærede repudiante: hoc caſu datur bonorum poſſeſſio à Prætore, non à filio abſtinente.

Addo jam, quòd non ſolùm hæres omittendo hæreditatem, ad ſe delatam, poteſt
32 in cauſâ eſſe, ut hæreditas ad alios devolvatur; ſed etiam aliquando in arbitrio hæredis eſt, utrum hæreditas ad hunc, vel ad illum potiùs ſit devolvenda. Primùm enim, ſi in teſtamento, in quo quis hæres eſt inſtitutus, datus fuerit à patre filio impuberi ſubſtitutus pupillaris; ſi hæres adeat, valet ſubſtitutio, & ad hæreditatem pupilli ſubſtitutus admittitur; ſi hæres repudiet, corruit pupillaris ſubſtitutio, & ab hæreditate pupilli ſubſtitutus excluditur, & admittuntur hæredes ab inteſtato. *l.* 2. *§. quiſquis ff. de vulg. & pupill.*
33 Prætereà, ſi pater, habens duos filios, alterum in poteſtate, alterum emancipatum; exhæredet filium in poteſtate, & prætereat emancipatum, & inſtituat hæredem extraneum; erit in poteſtate hujus hæredis extranei, utrum velit hæreditatem totam pervenire ad emancipatum, an verò pro dimidiâ devolvi etiam ad filium in poteſtate. Nam ſi hæres inſtitutus adeat hæreditatem, ſubſiſtit exhæredatio, & excluſo exhæredato emancipatus præteritus per bonorum poſſeſſionem contra tabulas auferet totam hæreditatem ab hærede inſtituto. Quòd ſi hæres inſtitutus repudiet, fit irritum teſtamentum, fit irrita exhæredatio, & exhæredatus pro dimidia parte ſuccedet ab inteſtato. Eſt igitur in poteſtate hæredis inſtituti, utrum velit exhæredatum admitti, an excludi ab hæreditate. *l. filium* 20. *in princ. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* ubi eleganter ait Tryphoninus: *Erit ergo venale beneficium ſcripti hæredis extranei, ut, cùm ipſe jure hæreditatis nihil ſit conſecuturus, adeundo repellat filium in poteſtate relictum, præſtetque aſſem emancipato filio jure contra tabulas bonorum poſſeſſionis: ſi autem omiſerit hæreditatem, in portionem bonorum exhæredatum effectum admittet jure factum ſolùm ſuum hæredem.*

Secundum eſt, quòd, quando præteritus eſt ſuus hæres, non ſucceditur ex teſtamento, ſed ſolùm ab inteſtato etiam de jure Prætorio. Datur enim à Prætore bonorum poſſeſſio *unde* 34 *liberi. l. ult. ff. de liber. & poſt. l.* 1. *in fine ff. Si tab. teſtam. null. exſtab.* Eâ autem datur ſolummodò ab inteſtato, & cùm certum eſt nullas tabulas exſtare. *l.* 1. *§.* 1. *&* 2. *ff. eod. l. bonorum ff. undè liberi §. ſunt autem Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Ergò, cùm filius in teſtamento præteritus eſt, ſuccedi non poteſt ex teſtamento.

Reſpondetur, leges illas ad rem noſtram non pertinere, quia in illis non agitur de filio ſe abſtinente, ſed de filio ſe immiſcente, qui vult patri ſuccedere, improbatâ patris præteritione. Pater ſuum hæredem prætere- 35 rat, emancipatum exhæredaverat. Exhæredatus non habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia ea non datur exhæredatis. 36 *l. non putavit* 8. *ff. de bonor. poſſeſ. contra tab.* Præteritus autem, & poteſt dicere nullum teſtamentum jure Civili, & poteſt ipſum impugnare per bonorum poſſeſſionem contra tabulas jure Prætorio, ſi quidem velit adſpi-

rare ad paternam hæreditatem. Si petat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia eſt ex teſtamento, §. *ſunt autem Inſt. tit. de*
37 *bonor. poſſeſſ.* ſubſiſtit exhæredatio, & ſolùm ſupereſt exhæredato querela inofficioſi teſtamenti, quâ poteſt patris teſtamentum impugnare. *l. ſi poſt mortem §. exhæredati ff. de bonor. poſſ. contra tab.* Si verò filius præteritus utatur remedio juris Civilis, & dicat teſtamentum nullum, tunc nullius momenti eſt exhæredatio, & uterque ſuccedit ab inteſtato, perindè ac ſi pater nullas tabulas reliquiſſet: ideò etiam Prætor dat eis bonorum poſſeſſionem *undè liberi. d. l. 1. in fin.* Neutro autem caſu poſſunt ſuccedere hæredes ſcripti in teſtamento: quia filius præteritus non approbavit, ſed impugnavit patris teſtamentum; & vel jure Civili, vel Prætorio avocavit à ſcriptis hæredibus hæreditatem. *l. filium 10. in princ. ff. de bon. poſſ. contr. tab.*

Tertium petitur ex *princ. tit. Inſt. de exhæred. liber.* ubi ait legiſlator noſter, quod ex teſtamento, in quo præteritus eſt filius, nemo hæres exiſtere poteſt.

38 Facilis reſponſio. Sanè veriſſimum eſt, ex teſtamento, in quo præteritus eſt filius, neminem poſſe hæredem exiſtere. Cùm enim jure Civili teſtamentum ſit nullum, non poteſt eodem jure Civili ex eo teſtamento hæreditas deferri. Imò etſi filius approbet teſtamentum, tamen ex eo non deferetur hæreditas, quia teſtamentum jure Civili non convaleſcit, ut ſuprà demonſtravimus. Cæterum non negat ibi Juſtinianus poſſe aliquem eſſe bonorum poſſeſſorem. Quamquam eo caſu, de quo ibi agit Juſtinianus, neque hæres, neque bonorum poſſeſſor eſſe poteſt quiſquam ex teſtamento: quia ibi filius præteritus non abſtinuerat paterna hæreditate, nec teſtamentum patris approbaverat, ſed mortuus erat ante teſtatorem. Adeoque id ad rem noſtram non pertinet.

Poſtremum, quod maximè urget, petitur ex noſtra *l. filio præterito ff. de injuſt. rupt.* ubi ſupponitur filius præteritus abſtinens bonis paternis. Non poteſt autem abſtinere ab hæreditate teſtamentaria, quia in teſtamento præteritus eſt. Abſtinet ergo ab hæreditate ab inteſtato: non poteſt autem abſtinere ab 39
hæreditate, antequàm ei deferatur. *l. 1. §. decretalis ff. de ſucceſſ. edicto l. 10. qui hæres 13. in princ. ff. de acquir. hæred.* Ergò delata eſt filio hæreditas ab inteſtato: ſed hæc non defertur, quamdiu locum habet ſucceſſio ex teſtamento. *l. quamdiu ff. eod.* Ergò in caſu 40
noſtræ legis locum non habet amplius ſucceſſio teſtamentaria; ac proindè ſcripti hæredes non poſſunt ex teſtamento ſuccedere.

Reſpondeo, hæc omnia veriſſima eſſe inſpecto jure Civili. Hoc enim non defert hæreditatem ex teſtamento, in quo præteritus eſt ſuus hæres: nam cùm jure Civili teſtamentum ſit nullum, non poteſt ex eo teſtamento deferri hæreditas ſcriptis hæredibus; ſed defertur filio hæreditas ab inteſtato. Multò aliter ſe res habet de jure Præto- 41
rio. Etenim cùm jure Prætorio teſtamentum non ſit nullum, ut aliàs diximus, datur à Prætore filio præterito bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ eſt ex teſtamento. §. *ſunt autem Inſtit. tit. de bonor. poſſeſ.* Filius itaque bonis paternis abſtinere dicitur, quando nec vult dicere teſtamentum nullum, & hæreditatem ab inteſtato de jure Civili ſuſcipere; neque vult petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Quoniam verò bonorum poſſeſſio contrà tabulas eſt ex teſtamento, & ideò non pugnat cum bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas; nihil impedit, quo minùs Prætor filio eam non petente det bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas ſcriptis hæredibus. *l. 2. §. expectandi ff. de bonor. poſſeſ. ſecundùm tab.* Ulpian. *in fragm. tit. de poſſeſ. dand. Secundùm tabulas bonorum poſſeſſio datur ſcriptis hæredibus, ſcilicèt, ſi eorum, quibus contra tabulas competit, nemo ſit, aut petere nolit. & tit. quemadm. teſtam. rump. Si ſeptem ſignis teſtium teſtamentum ſignatum ſit, licèt jure Civili ruptum, vel irritum factum ſit Prætor ſcriptis hæredibus juxta tabulas bonorum poſſeſſionem dat, quæ cum re, id eſt, cum effectu habetur, ſi nemo alius jure hæres ſit.*

Animadvertendum autem eſt, quòd olìm, quando filius abſtinebat hæreditate patris,

Digitized by Google

nemo alius jure hæres erat: nam neque in
42 ſuis, neque in agnatis jure Civili erat ſucceſſio; & hæreditas ſemel tantùm à lege deferebatur, ac ſemel delata filio, non poterat alteri poſteà deferri. *l.* 1. *§. ſciendum* 8. *ff. de ſuis & legit. hæred. l.* 2. *in princ. ff. eod. §. placebat autem, Inſtit. tit. de legit. agnat. ſucceſ.* Paul. *lib.* 4. *ſent. tit.* 8. Igitur abſtinente filio, nemo alius jure hæres eſt, & Prætor ſcriptis hæredibus dat bonorum poſſeſſionem juxta tabulas, & quidem cum re.

CAPUT XII.

Ad l. per procuratorem 90. ff. de acquir. vel omit. hæred.

SUMMARIUM.

1 *Bonorum poſſeſſio re ipſâ & effectu non differt ab hæreditate.*
2 *Bonorum poſſeſſor acquirit hæreditatem honorariam.*
3 *Differt quoad modum & formam acquirendi.*
4 *Bonorum poſſeſſio per alium agnoſci poteſt, etiam per fœminam: & quare. n. 19.*
5 *Hæreditas per alium adiri non poteſt.*
6 *Hæreditatem cernere, & adire quid?*
7 *Aditio eſt actus legitimus: qui adit, lege agit. ib. n. 9 & 21.*
8 *Actus legitimus non poteſt per alium explicari, & ſolùm peragi poteſt apud Magiſtratum, penès quem legis actio eſt.*
10 *Aditio, & pro hærede geſtio æquiparata ſunt cretioni.*
Actus legitimi neque diem, neque conditionem recipiunt; adeòque nec aditio. & n. 21.
11 *Olim legationes liberas hæreditatum adeundarum causâ Senatores impetrabant.*
12 *Senatores & eorum filii peregrè proficiſcì non poterant.*
13 *Qui mandat, ut adeatur hæreditas, hoc ipſo eam adit & acquirit.*
14 *Hæreditas pro parte adiri, pro parte repudiari non poteſt.*
15 *Hæreditas aditur ſolâ animi deſtinatione, etiam tacitâ.*
16 *Hæreditas nobis ignorantibus non acquiritur.*
17 *Ne quidem à ſervis & filiis noſtris ſine juſſu noſtro ſpeciali.*
18 *Nec ſufficit ratihabitio ſubſequens.*
Excipitur bonorum poſſeſſio, & reſtitutio ex fideicommiſſo.
19 *Cur differat hæreditas à bonorum poſſeſſione & reſtitutione. & n. 44.*
20 *Si poſt mandatum agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis, antequàm agnoſcatur, hæres incidat in furorem, nulla eſt agnitio.*
22 *Semel hæres non poteſt ampliùs deſinere eſſe hæres.*
23 *Hæres acquirit dominium ſtatim miniſterio legis ſine ullâ morâ.*
24 *Bonorum poſſeſſio poteſt eſſe in ſuſpenſo, non aditio.*
25 *Homo liber nobis acquirere non poteſt: & multò minùs hæreditatem.*
26 *Hæreditas civiliter acquiritur.*
27 *Tutor pro pupillo adire non poteſt. & 29.*
28 *Tutor facere poteſt pro pupillo etiam ea, quæ requirunt ſpeciale mandatum.*
29 *Pupillus, etiam infans, ipſe debet adire. & 30.*
31 *Nec curator furioſi adire poteſt.*
32 *Hæreditas ne momento quidem temporis reſidet in ſervo.*
33 *Dominus, & pater adire non poſſunt hæreditatem, ſervo, & filio delatam.*
34 *Inſtitutio ſervi valet ex perſona domini.*
35 *Filius & pater eadem perſona cenſentur.*
36 *Etiamſi dominus ipſe pro parte ſit inſtitutus, tamen adire non poteſt pro parte relictâ ſervo ſuo.*
37 *Adiri non poteſt hæreditas, non delata.*
38 *Qui adit, non deſinit eſſe hæres etiamſi alii acquirat hæreditatem.*
40 *Procurator Cæſaris poteſt pro eo adire opulentam hæreditatem.*
41 *Sed hoc ſpeciale eſt.*
42 *Procurator Cæſaris quis, & quod ejus officium, & autoritas.*
43 *Proponitur ſententia Duareni: & confutatur in ſequentibus.*
45 *Acceptilatio fieri poteſt per procuratorem, & quomodò?*
46 *Refertur ſententia Ravardi, & refellitur.*
47 *Mancipari non poterant, niſi res propria ab ipſo domino.*
Hæreditas ante aditionem mancipari non poterat.
48 *Nec poſt aditionem.*
Hæreditas inteſtata cedi poterat etiam ante aditionem, & quare.
49 *Opponitur teſtimonium Ciceronis: & explicatur nn ſeqq.*
50 *Cretio libera quæ?*
51 *Diſpoſitio hominis non poteſt refragari diſpoſitioni legis.*
52 *In cretione filii neceſſarius erat Patris juſſus.*
53 *Superior ſententia Ravardi admittitur quodam in caſu.*
54 *Veteres circuitione utebantur, ne recederent à regulis juris: & explicatur exemplis.*
55 *Cur inventa fuerit Aquiliana ſtipulatio.*
56 *Filius & ſervus juſſu patris ac domini adeuntes, non adeunt procuratorio nomine.*
58 *Mandatum generale non ſufficit ad adeundam hæreditatem.*
59 *Nec mandatum de hæreditate viventis.*
60 *Quo caſu admitti poſſit communis ſententia: & quomodo defendi poſſit.*

1 ETſi bonorum poſſeſſio re ipsâ, & poteſtate, atque effectu non differat ab hæreditate; *l. 2. ff. de bonor. poſſ. l. Prætor in omnibus ff. de reg. jur.* quia bonorum poſſeſſor amplectitur, & acquirit, & poſſidet hæreditatem; *l. ult. C. qui admitti l. ſi infanti §. parente C. de jure deliber. l. filium 60. ff. de acquir. hæred.* nempe hæreditatem
2 honorariam; *l. 1. in fin. C. de ſecund. nupt.* quare agnoſcendo bonorum poſſeſſionem fit hæres; *l. 1. C. unde liberi.* tamen agnitio
3 bonorum poſſeſſionis omninò differt ab aditione hæreditatis. Inter cætera illud eſt multò maximum diſcrimen, quod bonorum poſſeſſio agnoſci poteſt per tutorem nomine pupilli, *l. ſervus 7. §. impubes ff. de bonor. poſſeſ. l. bonorum 7. C. qui admitti.* per curatorem, *l. ult. §. ſin autem ex alia C. de curat. furioſ.* per procuratorem, *l. 3. §. acquirere ff. de bonor. poſſ.* per alium quemlibet, etiam non habentem mandatum, *eod. §. ac-*
4 *quirere.* &, quod magis eſt; fœminæ etiam poſſunt pro alio petere bonorum poſſeſſionem: *l. ſervus 7. ff. de bonor. poſſ.* licèt pro alio poſtulare non poſſint, *l. 1. §. ſecundo loco ff. de poſtulando.*

5 Contra verò hæreditas per alium adiri non poteſt. Ipſa verborum ſignificatio id ſatis demonſtrat. Utebantur veteres verbis *cernendi* hæreditatem; *adeundi* hæreditatem; quia hæres ipſe debebat in rem præſentem
6 venire. Hinc *adire*, & *cernere* hæreditatem dicebatur. In cretione enim hæc verba ſolemnia pronunciabat: *cùm me Mævius hæredem inſtituerit, eam hæreditatem adeo, cernoque*, ut refert Ulpian. *in fragm. tit. qui hæred. inſtitui poſſint.* Vetus Gloſſar. *Cernere* προσίεσθαι τὴν κληρονομίαν. Poſtquam verò Imperatores ſcrupuloſam cretionum ſolemnitatem amputarunt in *l. cretionem 17. C. de jur. deliber.* manſit ſolummodo verbum *adeundi.*

II. Id ipſum demonſtrat natura aditionis. Aditio hæreditatis eſt actus legitimus. *l.*
7 *actus legitimi 77. ff. de reg. jur.* Actus legitimus per procuratorem expediri non poterat. *l. nemo alieno 123. ff. de reg. jur. Nemo alieno nomine lege agere poteſt.* Lege agere, legis actio, actus legitimus, ſibi invicem reſpondent. Ideò actus legitimi non pote- 8
rant explicari apud Magiſtratum, apud quem legis actio non erat. *l. 1. ff. de offic. Juridic. Alexandr. l. 4. ff. de adopt. l. 3. ff. de offic. Proconſ.* Et lege agere dicebantur hæredes, qui adibant hæreditatem. Val. Max. *lib. 7. cap. 7.* de Terentio quodam: *Egregia*, inquit, *eſt C. Calpurnii Piſonis, Prætoris Urbani, conſtitutio. Cùm enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adoleſcentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exhæredatum ſe, querelam detuliſſet; bonorum adoleſcentis poſſeſſionem ei dedit, hæredeſque lege agere paſſus non eſt.* Itaque 9
ſi adiens hæreditatem lege agit, & nemo poteſt alieno nomine lege agere; nemo etiam poterit alieno nomine adire hæreditatem.

Et, licèt ſola cretio propter ſolemnitates, quibus peragebatur, actus legitimus fuiſſe videatur, tamen eamdem quoque vim, & naturam habet quælibet aditio, & pro hærede geſtio: quia per eam, ſicut per cretionem, ipſo jure fit hæres, qui adit hæreditatem. *§. quos autem ſolus Inſt. tit. de* 10
bonor. poſſeſ. Quod fit, ut, quemadmodum actus legitimi non recipiunt diem, & conditionem; *d. l. actus legitimi 77. ff. de reg. jur.* ita non recipiat hæreditatis aditio *l. eum qui duobus in fin. ff. de acquir. vel omit. hæred. d. l. actus legitimi.* Nec à cretione differt pro hærede geſtio, quàm cretioni æquiparavit D. Marcus. Ulp. *in fragm.* titulo modo laudato: *ſi ſub imperfectâ cretionem hæres inſtitutus ſit; id eſt, non adjectis his verbis: ſi non creveris, exhæres eſt; ſed ſi ita: ſi non creveris, tunc Mævius hæres eſto: cernendo quidem ſuperior inferiorem excludit; non cernendo autem, ſed pro hærede gerendo in partem admittit ſubſtitutum, ſed poſteà D. Marcus conſtituit, ut & pro hærede gerendo ex aſſe hæres fiat.*

III. Hoc idem veterum monumenta confirmant: quæ legationes liberas hæreditatum adeundarum causâ Senatoribus datas fuiſſe teſtantur. Cicer. *in prima Agrar. con-* 11
tra Rullum: non videtis, hæreditatum obe-

undarum cauſa , quibus vos legationes dediſtis , qui , & privati , & privatum ad negotium exierunt , non maximis opibus , neque ſumma autoritate ; tamen auditis profectò , quàm graves eorum adventus ſociis veſtris eſſe ſoleant. & lib. 3. de legib. Jam illud apertum profectò eſt , nihil eſſe turpius , quàm quemquam legari , niſi Reip. cauſa. Omitto quemadmodum iſti ſe gerant , atque geſſerint , qui legatione hæreditates ſuas , aut ſyngraphas perſequuntur. Quid eſt , quod legationes hæreditatum adeundarum cauſâ impetrabant , ſi poterant adire per procuratorem ? maximè poſtquàm à Julio Cæſare , & Auguſto fuit interdictum Senatoribus , eorumque filiis , ne peregrè proficiſcerentur.
12 Sueton. *in Jul. Cæſar. cap.* 41. *Neu quis Senatoris filius , niſi contubernalis , aut comes Magiſtratus , peregrè proficiſceretur.* Percommodè Lipſius in Tacitum legit : *Neu quis Senator , Senatoriſve filius.* Dio *lib.* 52. *de Auguſto:* προσαπεῖπε πᾶσι τοῖς βουλευταῖς, μὴ ἐκδημεῖν ἔξω τῆς Ἰταλίας, ἂν μὴ αὐτός τινι κελεύσῃ, ἢ καὶ ἐπιτρέψῃ· καὶ τοῦτο καὶ δεῦρο ἀεὶ φυλάττεται. *Vetuit omnibus Senatoribus extra Italiam peregrinari injuſſu , permiſſuve ſuo : atque hoc etiamnum ſervatur.* Suidas *de Claudio :* νόμον προὔθηκε, μὴ δύνασθαι βουλευτὴν ὑπὲρ ἑπτὰ σημεῖα τῆς πόλεως ὁδεύειν χωρὶς τῆς τοῦ βασιλέως κελεύσεως : *legem tulit , ne cui Senatori liceret ultra ſeptimum ab urbe lapidem proficiſci injuſſu Imperatoris.* Si poiuiſſent aliter adire hæredijaies , nulla cauſa fuiſſet concedendi has legationes ad hæreditatem adeundam.

IV. Demonſtrat id etiam ratio evidens. Nam aut quis mandat procuratori , ut ſuo nomine adeat hæreditatem : aut non mandat , ſed is ſponte ſuâ adit ſine ullo man-
13 dato. Si mandat procuratori , ut adeat , hoc ipſo adit ipſe hæreditatem. Nec operâ , aut miniſterio procuratoris ampliùs opus eſt ad adeundam hæreditatem : per textum elegantiſſimum in *l. ſi ego & ſervus* 26. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* ubi , ſi ego & ſervus inſtituti fuimus , & mandem ſervo , ut adeat hæreditatem , hoc ipſo hæreditatem acquiro pro ea portione , pro qua fui inſtitutus. Licèt enim animi mei deſtinatio quoad hæreditatem adeundam videatur ſolum reſpicere partem ſervo relictam , non verò partem , in qua ego fui inſtitutus; tamen cùm hæreditas tota mihi acquiri debeat , tam quoad partem relictam ſervo , quàm quoad partem mihi relictam ; & hæ- 14
reditas pro parte adiri , pro parte repudiari non poſſit : cùm pro parre hæres eſſe deſtinaverim , videor adiviſſe hæreditatem ex aſſe. *l. ſi ex aſſe* 10. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* Facit. *text. in l. ſi quis mihi* §. *ſed ſi mandavit. ff. eod. in l. cùm hæres* 52. § *ult. in l. liber homo* 59. §. *ſi ita ff. eod. in l. ſi quis ita* 33. *ff. de hæredib. inſt.* Solâ enim animi deſtinatione adimus hæreditatem , *l. ſi avia C. de jure delib.* §. *ult. Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.* & ſufficit etiam voluntas tacita , ut conſtat ex noſtra lege *ſi ego* 26. & elegantiſſima proponuntur exempla in *l. qui in aliena* 6. §. *ſed etſi non adierit ff. de acquir. vel om. hæred. in l.* 4. *C. de jur. delib. in l. filiusfam.* 10. *C. de petit. hæred.* Cùm igitur etiam in mandato adeundi por- 15
tionem alii relictam contineatur deſtinatio ſufficiens ad adeundam portionem ſibi relictam ; quantò magis eâ continebitur in mandato adeundi eam ipſam portionem ? Si ſufficit tacita illa deſtinatio , quantò magis ſufficiet expreſſa ?

Quòd ſi hæres non mandet procuratori , ut adeat hæreditatem , ſed hic adeat ſponte , ſinè ullo mandato , erit omninò inutilis aditio. Nobis enim ignorantibus , aut 16
invitis hæreditas acquiri non poteſt. Hoc enim intereſt inter hæredes voluntarios , & neceſſarios : quòd neceſſarii fiunt hæredes ipſo jure etiam ignorantes , & inviti : voluntarii verò non fiunt hæredes , niſi ſua voluntate. *toto tit. Inſtit. de hæred. qual. & differ.* Itaque licèt ſervi noſtri , & liberi in poteſtate exiſtentes nobis acquirant etiam ignorantibus , & invitis penè ex omnibus cauſis , *l. etiam invitis l. acquiruntur* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. l. ſervus vetante ff. de V. S.* §. *item vobis Inſtit. tit. per quas perſon. nob. acquir.* tamen hæreditatem nobis non acquirunt , niſi juſſu noſtro eam adierint. *l. qui in aliena* 6. *ſi quis mihi bona* 25.

§. *juſſum ff. de acquir. hæred. l. acquiruntur* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. d. §. item vobis Inſtit. tit. per quas perſon. nob. acquir.* Neque in hac re ſufficit conſenſus patris, ac domini, ſed requiritur mandatum, ac juſſus præcedens ipſam aditionem. *d. l. ſi quis mihi bona. §. juſſum.* Quare cùm agitur de adeunda hæreditate, ſemper fit mentio juſſus, cujus natura eſt, ut actum præcedere debeat: jubemus enim quæ facienda ſunt, non quæ jam facta fuerunt. *l. ſervus dotalis* 58. *ff. ſolut. matrim. l. ſi ſervus* 7. *in fin. ff. de hæred. inſtit. l. ſi ego & ſervus ff. de acquir. vel omit. hæred. d. l. acquiruntur* 10. *&*
17 *d. §. item vobis.* Nec ſufficit juſſus generalis de quacumque hæreditate deferenda, ſed deſideratur juſſus ſpecialis de certa hæreditate jam delata. *d. l. ſi quis mihi bona §. ſed utrum, cum §. ſeq. ff. de acquir. hæred.* His poſitis conſtat, quòd cùm hæreditas ſinè noſtro mandato non acquiratur, ne quidem per eas perſonas, quæ nobis etiam ignorantibus, & invitis acquirunt; multò minùs àcquiri poterit per liberas perſonas, quæ nobis ſinè noſtro conſenſu, aut mandato nihil poſſunt acquirere.

Nec illud dici poteſt, quod hæreditas noſtro nomine nobis ignorantibus adita per ratihabitionem confirmetur exemplo bonorum poſſeſſionis, *l.* 3. §. *acquirere ff. de bonor. poſſeſ.* & reſtitutionis hæreditatis ex
18 fideicommiſſo. *l. ſervo invito* 65. *ff. ad SC. Trebellian.* Etenim cum in ipſo ſervo, & filio, qui nobis ex ipſa legis diſpoſitione omnia acquirunt etiam ignorantibus, & invitis, requiratur præcedens mandatum; multò magis id requiretur in aliis, nec ratihabitio ſufficiet. Itaque in bonorum poſſeſſione agnoſcenda, & in reſtituenda hæreditate fideicommiſſaria, in quibus ſufficit ratihabitio ſubſequens, eâdem ratihabitio ſufficit etiam in ſervo, & filio. *d. l. ſervo invito ff. ad S.C. Trebell. l.* 1. *C. qui admitti. l. qui in aliena* 6. §. 1. *ff. de acquir. hæred. l. ſervus* 7. *ff. de bonor. poſſeſ. l. ult. ff. quis ordo in bon. poſſ. ſerv.*

Non poteſt igitur duci argumentum à bonorum poſſeſſione, & reſtitutione fideicommiſſi ad hæreditatis aditionem. Primùm quia illæ deſiderant aliquàm operam externam, quæ per alium expediri poteſt; non nuda voluntate acquiruntur. Bonorum poſ- 19
ſeſſio petenda eſt à Judice: ſeu coram Judice agnoſcenda eſt per teſtationem amplectendæ hæreditatis. *l. ult. C. qui admittit.* illa teſtatio complectendæ hæreditatis, alterius operâ, ac miniſterio poteſt expediri. In reſtitutione fideicommiſſi neceſſaria eſt etiam voluntas reſtituentis, non ſufficit ſola voluntas fideicommiſſarii; itemque neceſſarius eſt actus reſtitutionis. Hæc exploratio voluntatis reſtituendi, & actus ipſe reſtitutionis etiam per alium poſſunt explicari. Hos actus ab alio geſtos poteſt hæres approbare, & ratos habere; per quàm approbationem acquirit hæreditatem, & in eum transferuntur omnia commoda, & incommoda hæreditaria. *l.* 1. *C. qui admit.* Contrà in hæreditatis aditione, quæ fit nudâ voluntate, nihil aliud requiritur, quàm voluntas ipſius hæredis. *l. ſi avia C. de jure delib. §. ult. Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.* Supervacanea eſt igitur omnis opera, & miniſterium alterius cujuſcumque perſonæ. Voluntas enim reſidet in ipſo hærede, nec ab alio præſtari poteſt. Probatur id exemplo ipſius bonorum poſſeſſionis, in cujus acquiſitione duo requiruntur: factum petitionis, & voluntas hæredis. Factum petitionis explet procurator: voluntatem præſtare non poteſt, etiamſi mandatum ab hærede acceperit. Quare ſi poſt mandatum hæ- 20
res in furorem incidat, nulla eſt petitio procuratoris, deficiente per furorem voluntate hæredis. *l. ſi quis alieni* 48. *ff. de acquir. hær.* In aditione igitur hæreditatis, in qua requiritur ſola voluntas hæredis, nihil eſt, quod præſtare poſſit procurator. His poſitis, ſi hæres approbet aditionem factam ab alio, fit quidem hæres per hanc approbationem, ſed fit hæres ſua voluntate, non per actum geſtum à procuratore. Imò verè nec per approbationem fit hæres, ſed per voluntatem expreſſam in approbatione, atque in ea contentam. Nam etſi improbaret aditionem ab alio factam, & declararet ſe ni-

hilominus hæredem eſſe velle, non eò minus hæres fieret.

Præterea, quia aditio hæreditatis eſt actus legitimus, qui neque tempore, neque conditione ſuſpendi poteſt. *l. actus legitimi*
21 *77. ff. de reg. jur.* Non poteſt igitur expectari approbatio, ſeu ratihabitio hæredis: interim enim penderet ex incerto eventu aditio, quod eſt contra naturam aditionis. *l. eum qui ſolvendo §. ult. ff. de acquir. hered.* Aditio enim aut ſtatim perfecta eſt, aut ſtatim irrita eſt, & nulla, nec ex poſtfacto poteſt confirmari, aut convaleſcere. Bonorum poſſeſſio hæredem ipſo jure non facit, ſicut aditio. *§. quos autem ſolus Inſt. tit. de bo-*
22 *nor. poſſeſ.* Qui autem per aditionem factus eſt ipſo jure hæres, non poteſt amplius deſinere eſſe hæres. *l. hereditas 34. ff. de hered. inſtit. l. ex facto 43. §. ult. ff. de vulg. l. ait Prætor 7. §. ſed Papinianus ff. de minor. l. ei qui ſolvendo 88. ff. de hered. inſtit.* Itaque hæreditatis aditio ſtatim ſine ulla mora ipſo jure operatur, & quidem perfectè, & immutabiliter, & ne momento quidem ſuſpendi poteſt, quod & in legatis eſt conſtitutum. *l. ult. in fin. ff. commun. prædior.* Cùm enim miniſterio legis dominium, & omne jus defuncti transferatur in hæredem, *l. more*, & *l. heres in omne ff. de acquir. hered.* lex nullum moram patitur, & ſtatim perficit id, quod intendit. Differt igitur hac in re aditio hæreditatis à bonorum poſſeſſionis agnitione *l. ſervo invito 65. in princ.*
24 *ff. ad S. C. Trebell.* Non ſolùm enim petitio bonorum poſſeſſionis ſæpè numero eſt in ſuſpenſo, & non ſtatim producit effectum ſuum, ut in *l. ſi ſervus 10. ff. de bonor. poſſ. ſec. tab. in l. 2. §. 1. ff. eod. in l. 3. §. ſi ſub ea conditione ff. de bonor. poſſeſ. contra tabul. l. ult. in fin. ff. de bonor. poſſeſ. ſec. tab.* ſed aliquando etiam non habet effectum, & dicitur poſſeſſio ſine re, quia titulo tenus eſt bonorum poſſeſſio, cùm ſit ſine effectu. *l. filiis C. de inoff. teſtam.* Ulpian. *in fragm. tit. quemadm. teſtam. rump.* hæreditas autem numquam eſt ſine re: numquam ne momento quidem temporis ſine effectu eſſe poteſt. Conſtat igitur, quod neque cum noſtro mandato, neque ſine noſtro mandato per alium nobis acquiri poteſt.

V. His accedunt leges, in quibus id diſertè conſtitutum eſt. In *l. homo liber. 54. ff. de acquir. rer. dom. homo liber hereditatem nobis acquirere non poteſt.* Ratio eſt in promptu. Per liberam enim perſonam nihil nobis 25
acquiri poteſt. *l. 1. C. per quas perſon. nobis acq. §. ex his itaque Inſtit. tit. per quas perſon. cuique acquir.* Et licèt ea, quæ naturaliter acquiruntur, etiam per liberam perſonam acquirantur; tamen ea, quæ acquiruntur civiliter per liberam perſonam, acquiri non poſſunt. *l. ea quæ civiliter ff. de acquir. rer. dom.* Conſtat autem, hæredita- 26
tem civiliter acquiri, cùm nuda voluntate legis miniſterio in nos transferat omne jus hæredis, & etiam dominium rerum hæreditariarum ſinè ullo facto apprehenſionis. *l. heres in omne ff. de acquir. rer. dom.* Et hæreditas ipſa tota eſt juris Civilis: eſt enim perſona ficta à jure Civili, perſonam defuncti repræſentans, ſeu ſucceſſio in univerſum jus defuncti, *l. hereditas ff. de reg. jur.* & nomen juris eſt. *l. pecuniæ § hereditas ff. de verb. ſignif.* Quod cùm non probaret Seneca, irridet Juriſconſultos *lib. 6. de benef. cap. 6. Juriſconſultorum iſtæ acutæ ineptiæ ſunt, qui hereditatem negant uſucapi poſſe; ſed ea quæ ſunt in hereditate: tamquam quicquam aliud ſit hereditas, quàm ea, quæ in hereditate ſunt.* Verè autem apud Juriſconſultos aliud eſt hæreditas, aliud res hæreditariæ. Hæreditas enim eſt incorporalis, & in jure conſiſtit, *l. 1. §. 1. ff. de rer. diviſ.* & eſt univerſitas quædam, quâ omnes res hæreditariæ continentur.

VI. In *l. potuit 5. C. de jure deliber.* reſponſum fuit ab imperatoribus, ne tutorem quidem neſciente pupillo potuiſſe hæreditatem pro pupillo adire. Si non poteſt tutor, 27
qui in rebus pupillaribus adminiſtrandis domini loco habetur; *l. interdum §. qui tutelam ff. de furt. l. tutor qui 27. ff. de admin. tut.* multò minus poterit procurator, qui minus juris habet, quam tutor. *l. mandato 60. ff. de procur.* junctâ *d. l. interdum §. qui tutelam ff. de furt.*

Digitized by Google

Nec poteſt reſponderi, quòd tutor non poterat adire, quia non habebat mandatum adeundi, quemadmodum nec procurator poteſt adire ſine ſpeciali mandato. Itaque par eſſe videtur cauſa tutoris, qui ad adeundum indiget voluntate pupilli; *d. l. potuit in princ.* & procuratoris, qui indiget mandato.

Primùm enim animadvertendum eſt, quòd tutor non indiget mandato, aut voluntate pupilli in adminiſtrandis ejus rebus, cùm habeat jus, & facultatem ab ipſâ lege, ut conſtat ex definitione tutelæ, quæ dicitur jure Civili data, ac permiſſa. §. 1.
28 *Inſtit. tit. de tutel. l.* 1. *ff. eod.* Et ideo etiam
eâ facere poteſt vi ſuæ poteſtatis, quæ in procuratore ſpeciale mandatum requirunt. *l. procurator.* 60. *ff. de procurat.* junctâ *l. interdum* 56. §. *qui tutelam ff. de furt.* Itaque ſi hæreditatis aditio poſſet per alium expediri, utique poſſet à tutore.

Præterea obſervandum eſt, quod in laudata *l. potuit* 5. *C. de jure delib.* exigunt Imperatores, ut ipſe pupillus adeat, cùm exi-
29 gant aut ejus voluntatem, aut pro hærede
geſtionem, quibus modis aditur hæreditas. §. *ult, Inſtit. tit. de hered. qual. & differ.*

Nec ſolùm pupillus ipſe adire debet, ſi intelligat id quod agit; ſed etiam, ſi ſit infans. *l. ſervo invito* §. *ſi pupillo. verſic. ſive*
30 *enim ff. ad SC. Trebellian.* ubi notandum eſt
diſcrimen inter bonorum poſſeſſionem, & hæreditatem. Bonorum poſſeſſionem agnoſcit tutor pro infante: hæreditatem adit ipſe infans pro hærede gerendo autore tutore. Quid ita? quia bonorum poſſeſſio per alium agnoſci poteſt: hæreditas adiri non poteſt. Quorſum deſiderare actum, ac pro hærede geſtionem infantis, qui nullum habet intellectum, §. *ſed quod diximus Inſt. tit. de inut. ſtip. l.* 1. §. *huic proximus ff. de oblig. & act.* niſi quia per tutorem adiri non poteſt hæreditas?

VII. Idem fuit conſtitutum in curatore furioſi, cui ne Juſtinianus quidem, qui omnes juris regulas inſuper habuit, facultatem adeundi dare voluit, ſed ſolùm agnoſcendi bonorum poſſeſſionem. *l. ult.* §. *ſin autem ex alia C. de curat. furioſ. vel pro-*
dig. Quod à Legiſlatore noſtro ſancitum 31
fuit ad ſedandas veterum controverſias, cùm quidam exiſtimarent furioſo non deferri hæreditatem, *l.* 1. §. *furioſi ff. de ſucceſſ. edict.* eumque commodum hæreditatis acquirere non poſſe. *l. furioſus ff. de acquir. vel om. hered.*

VIII. Cùm hæreditas ſervo delata debeat
acquiri domino, adeò ut ne momento qui- 32
dem temporis conſiſtat in ſervo, *l. placet* 79. *ff. de acquir. hered.* conſentaneum omninò videretur, ut ſi per alium poſſet adiri hæreditas, utique poſſet adiri ab ipſo domino, cui ſtatim acquiri debet: & tamen ne dominus quidem poteſt adire hære-
ditatem ſervo relictam, ſed ipſe ſervus ju- 33
bente domino adire debet; & ſi ſervus nolit adire, compellendus eſt. *l.* 1. §. *quid ergo ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* Quod & in filio conſtitutum eſt. *l. Julianus* 26. *ff. eod.* Nec ad acquirendam hæreditatem quicquam proficit domini juſſum ſine facto ſervi adeuntis. *l. Antiſtius* §. 1. *ff. de acquir. vel om. hered.*

In domino duo concurrunt ad præſtandam ei facultatem adeundi: & quòd ipſi ſtatim acquiri debet hæreditas, & quod inſtitutio ſervi valet ex ejus perſona, quæ
ſola inſpicienda eſt. *l. non minus* 31. *ff. de* 34
hered. inſt. l. debitor. 82. §. *ult. ff. de leg.* 2. Duo etiam concurrunt in patre: & quod ad eum perventura eſt hæreditas, & quod eadem perſona cum filio cenſetur. *l. ult. in fin. C. de impub. & aliis ſubſtit. l. ne cum*
filio 16. *ff. de furt.* Et tamen neque domi- 35
nus pro ſervo, nec pater pro filio adire poteſt: & filius ipſe adire debet, etiamſi ſit expers conſilii. *l. more. in fin. ff. de acquir.*
her. Et quod magis eſt, etiamſi dominus 36
pro parte fuerit inſtitutus, & eam partem adierit, tamen non acquirit partem relictam ſervo ſuo, ſed neceſſe eſt, ut eum adire jubeat. *l. ſi ex ſua* 36. *ff. de acquir. hered.* Adeo verum eſt, hæreditatem ab alio acquiri non poſſe, ſi ei delata non ſit. Atque id meritò conſtitutum eſt: ut enim quis poſſit adire hæreditatem, neceſſe eſt, ut

priùs ei delata fuerit. *l. ſi quis extraneus* 21.
37 §. 1. *ff. de acquir. hered.* Quantò minùs igitur adire poterit procurator, cui neque delata eſt, *l. delata* 151. *ff. de V. S.* neque acquiri debet?

Præterquàm quòd ſi procurator adiret hæreditatem, hæreditas per ejus perſonam ad hæredem tranſmitteretur: & licèt in per-
38 ſona ejus nullo momento conſiſteret, tamen ipſum faceret hæredem, quia hæreditas infigitur oſſibus adeuntis; & licèt aliò tranſeat, tamen ille non deſinit eſſe hæres. *l.* 3. *& l. qui liberis* §. *ult. ff. de vulg.*

IX. Denique de hac ſententia dubitari non ſinit text. in *l per procuratorem* 90. *ff. de acquir. hered.* ibi: *per procuratorem hæreditatem adiri non poſſe.* Non poterat dici clariùs. In Pandectis Florentinis legitur: *per curatorem.* Sed ſi non poteſt acquiri per curatorem,
39 multò minùs per procuratorem: tum quia plus juris habet curator, quàm procurator, ut ſuprà diximus; tum quia ille habet poteſtatem à lege, hic ab homine; tum quia major urgebat neceſſitas hanc facultatem concedendi curatori, qui adminiſtrat res furioſi, aut prodigi, qui hâc in re non habent intellectum, & furioſum exitum faciunt; *l. hi qui* 12. *in fin. ff. de tutor. & curat. dat.* aut minorum, quorum eſt infirmum, ac imbecille conſilium; *l.* 1. *ff. de minor.* quàm procuratori, qui adminiſtrat res ejus, qui ſanæ mentis eſt, & perfecti judicii, & ope procuratoris non indiget ad hæreditatem adeundam. Quorſum enim operam procuratoris, & opem imploret, qui nudâ voluntate poteſt adire? Qui autem legem hanc reſtringunt ad caſum de quo in *l. cùm in una* 17. *in fin. ff. de appellat.* nempè ad curatorem datum pupillo, utique maximam vim faciunt legi generali, eam referentes ad unicum tantùm caſum, qui rariſſimus eſt.

Enimverò, ut dicam, quod ſentio, etſi Pandectarum Florentinarum apud me magna ſit autoritas, tamen hìc magis mihi arridet lectio vulgata. Primùm quia in ea lege agitur de eo, qui mandato alterius adit hæreditatem, ut conſtat ex §. ſequenti, quod convenit procuratori, non autem curatori; prætereà quia in *l.* 1. §. *ult. de off. Procur. Cæſar.* ait JC. *hoc præcipuum eſſe in procuratore Cæſaris, ut miſcendo ſe opulentæ hæreditati Cæſarem hæredem faciat*: quod demonſtrat, 40
in aliis procuratoribus aliud cautum fuiſſe.

Et quamvis quidam putent, hoc ſolùm ſingulare eſſe in Procuratore Cæſaris, ut poſſit adire ſine ſpeciali mandato, tamen id falſum videtur, quia ſine ſpeciali mandato adire poteſt ſolummodò opulentam hæreditatem: cæterùm ſi hæreditas ſolvendo non 41
ſit, Cæſarem conſulere debet, & ejus voluntatem explorare. *l.* 2. *ff. de off. Procurat. Cæſar.* Utrumque autem in eo præcipuum eſſe videtur, non ſolùm, quòd poſſit miſcere ſe opulentæ hæreditati ſine mandato, ſed etiam, quòd hæreditatem non opulentam adire poſſit cum ſpeciali mandato. Utrumque enim continetur eâdem oratione, licèt in diverſis legibus; adeòque ad utrumque caſum pertinent illa verba: *hoc eſt præcipuum*, & utrumque caſum complectuntur.

Nec ſine cauſa hæc ſingulariter Procuratori Cæſaris conceſſa fuerunt. Neque enim Procurator Cæſaris erat ſimplex procurator, cujuſmodi ſunt procuratores privatorum, nullum jus habentes præter mandatum adminiſtrandi, quod privati à privato acceperunt. Procurator Cæſaris juriſdictionem ha- 42
bebat, & fiſci jura tuebatur, & fiſcales cauſas judicabat; *l. cùm hi* §. *tranſactiones ff. de tranſact. l.* 2. *ſi adverſùs fiſc. l. nec quicquam. in princ. ff. de offic. Proconſ. l. ſi heredum C. de tranſact.* & adversùs ejus ſententiam ſolus Princeps reſtituere poterat *l.* 1. *C. ubi & apud quem reſtit. in int.* Et licèt jus deportandi vel relegandi non haberet, *l. ult. ff. de offic. Procur. Cæſar. l.* 2. *C. de pœn.* nec mulctæ indicendæ, *l. procuratores* 2. *C. de modo mulctar.* tamen Dio *lib. hiſtor.* 57. videtur ipſi aliquam partem imperii tribuere. Καπίτωνα, τὸν τὴν Ἀσίαν ἐπιτροπεύσαντα, ἐς τὸ συνέδριον ἐσήγαγε, καὶ ἐγκαλέσας αὐτῷ, ὅτι στρατιώταις ἐχρήσατο, καὶ ἄλλα τινὰ, ὡς ἀρχὴν ἔχων, ἔπραξεν, ἐφυγάδευσεν. οὐ γὰρ ἐξῆν τότε τοῖς τὰ αὐτοκρατορικὰ χρήματα διοικοῦσι πλέον οὐδὲν ποιεῖν, ἢ τὰς νενομισμένας προσόδους ἐκλέγειν,

καὶ

καὶ περὶ τῶν διαφορῶν ἔν τε τῇ ἀγορᾷ, καὶ κατὰ τοὺς νόμους ἐξ ἴσου τοῖς ἰδιώταις δικάζεσθαι. *Capitonem Aſiæ Procuratorem in Senatum introduxit, & ipſum accuſans, quod militibus uſus eſſet, & alia geſſiſſet perindè ac ſi imperium haberet, exilio mulctavit. Tunc enim non licebat iis, qui res Principis adminiſtrabant, quicquam aliud facere, quàm legitima vectigalia exigere, & in foro controverſias æquo cum privatis jure judicare.* Loquitur autem hiſtoricus de Tiberio: itaque poſt Tiberium non omnino expertes imperii fuiſſe videntur. Quin & eorum ſententias majorem vim habuiſſe, quam aliorum Judicum, probabile eſt, quia autoritate Senatus nitebantur. Sueton. *in Claudio cap.* 12. *Claudius à Senatu, ut rata eſſent, quæ procuratores ſui in judicando ſtatuerent, precariò exegit.* Quo factum puto, ut adverſus eorum ſententiam ſolus Princeps poſſet reſtituere. *l.* 1. *C. ubi & apud quem in int. reſtit.* Quamobrem duci non poteſt argumentum à Procuratore Cæſaris ad alios procuratores.

Hæc ideò accuratius, quam res ipſa poſtulabat, perſequuti fuimus, ut conſtet, quam temerè Duarenus affirmaverit hanc ſententiam nulla autoritate, aut ratione niti. Ac miror Virum doctiſſimum in contrariam ſententiam perductum fuiſſe argumento admodum futili, ac propè nullius momenti. Fatetur enim ſe à recepta, & communi opinione receſſiſſe, quia procuratoris uſus permiſſus eſt in omnibus negotiis, niſi in quibus id exceptum reperitur. *l.* 1. *ff.*
43 *de procur.* At nullo jure id excipitur: nulla lex proferri poteſt, in qua id exceptum reperiatur de hæreditatis aditione. De bonorum poſſeſſione id certum eſt *ex l.* 3. §. *acquirere ff. de bonor. poſſeſſ. l. qui ita* 66. §. 1. *ff. ad SC. Trebell.* ſunt ejus verba.

Primùm negatur hæreditatis aditionem negotium continere, aut deſiderare operam alicujus, vel miniſterium perſonæ: cùm ſolâ voluntate adeatur, & ipſum mandatum adeundi ſit aditio, *l. ſi ego & ſervus ff. de acquir. hæred.* ut ſuprà probavimus ſatis copiosè.

Prætereà negamus hujuſmodi actum non fuiſſe exceptum. Nam & natura ipſa aditionis, & ratio evidens, & legum autoritas hunc actum eximit è numero eorum, in quibus opera procuratoris poteſt adhiberi. Sed hæc omnia hic repetere opus non eſt, cùm à nobis ſint hactenus luculenter explicata.

Nec obſtat quod bonorum poſſeſſio per procuratorem agnoſci poſſit, & hæreditatis fideicommiſſariæ reſtitutio alteri fieri. Etenim non poſſe hac in re duci argumentum à bonorum poſſeſſione, & hæreditatis fidei- 44
commiſſariæ reſtitutione ad aditionem hæreditatis, diſertè traditum eſt à veteribus in *l. qui in aliena* 6. *in princ. & in* §. 1. *ff. de acquir. hæred. & in l. ſervo invito* 65. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Qua de cauſa autem inter ſe differant, ſuprà expoſitum eſt ſatis accuratè.

Sed opponi poteſt, quod, licèt aditio hæreditatis ſit actus legitimus, tamen hoc non videtur impedimento eſſe, quominùs fieri poſſit per procuratorem. Nam & accep- 45
tilatio eſt actus legitimus: *l. actus legitimi* 77. *ff. de Reg. jur.* & tamen fieri poteſt per procuratorem, ſi ſpeciale mandatum intervenerit. *l. per procuratorem* 3. *ff. de acceptil.*

Reſpondetur acceptilationem fieri poſſe per procuratorem, non quidem directò, ſed quodam quaſi circuitu: nam procurator debet novare obligationem, & in ſe transferre, per quam novationem debitor liberatur: ipſe autem debet deinceps à creditore per acceptilationem liberari ab obligatione, quam in ſe tranſtulit. *l. & per jusjurandum* 13. §. *tutor ff. de acceptil.* Hic autem circuitus vix poteſt locum habere in hæreditatis aditione. Doctiſſimus & eruditiſſimus Rævardus *de autor. prudent. cap.* 5. ſimile 46
quiddam in hæreditatis aditione ingenioſè commentus eſt. Ait enim, interpoſitâ fiduciâ hoc fieri potuiſſe. Nam ſi hæres mancipaſſet hæreditatem procuratori ſuo, abjectâ remancipationis clauſulâ, hoc eſt, eâ fiduciâ, eâque lege, ut aquiſitam hæreditatem remanciparet hæredi; procurator poterat adire, & per aditionem ſibi acquirere hæreditatem, quam poſteà tenebatur mancipare hæredi, ſeu in eum mancipio transferre.

Sed explicatu difficile eſt, quomodo mancipari poſſet hæreditas ab hærede, antequam
47 eam adiret, & acquireret. Erat enim mancipatio ſpecies alienationis: adeoque mancipari poterant ſolum ea, quæ erant in dominio mancipantis. Ulpian. *in fragm. tit. de dominiis & acquiſ. Mancipatio propria ſpecies alienationis eſt, & rerum mancipi, eaque fit certis verbis, libripende, & quinque teſtibus præſentibus.* Boët. *in Topic. Ciceron. Mancipatio erat ſpecies alienationis adhibitis quinque teſtibus, civibus Romanis puberibus, & libripende.* Eleganter Plaut. *in Curculion.*

—— Ego ne ut ab lenone quicquam,
Mancipio accipiam, quibus ſuum nihil eſt, niſi una lingua,
Qui abjurant, ſi quid creditum eſt? alienos mancipatis,
Alienos manumittitis, alieniſque imperatis.

Mancipatio enim transferebat dominium de jure Quiritium, nempe dominium legitimum, atque perfectum. Quò pertinet illud Poëtæ Lucretii *lib.* 3.

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus uſu.

Unde ſumpſit Arnob. *lib.* 2. *adverſ. gent. Uſu & illis eſt vita, non mancipio tradita.* Eleganter Cic. *lib.* 7. *epiſt. famil. Cujus quando proprium te eſſe ſcribis mancipio, & nexu, meum autem uſu, & fructu, contentus iſto ſum.* Curius *ad Ciceronem epiſt. famil. lib.* 7. *Ego fructus eſt tuus, mancipium illius.* Horat.

Si proprium eſt, quod quis libra mercatur, & ære.

Itaque res non poterat mancipari niſi à domino.

De eo etiam dubitari poſſet, an hæreditas mancipari poſſit. Certè ab Ulpiano *in fragm.*
48 *titulo laudato*, non recenſetur inter res mancipi, nec dicitur eam mancipari poſſe, ſed ſolum notatur, eam in jure cedi poſſe: qua in re illud eſt animadverſione dignum, quod hæreditas ab inteſtato cedi poteſt etiam antequam adeatur. In ceſſione non eſt neceſſe, ut res, quæ ceditur, mancipi ſit: & ideo etiam prædia provincialia, quorum dominium legitimum haberi non poterat, cum eorum proprietas ad populum, aut Principem ſpectaret, cedi poterant, ut ibidem notat Ulpianus. In mancipatione autem neceſſe erat, ut, qui mancipabat, plenum ac legitimum rei dominium haberet, & ideo res non mancipi non poterant mancipari. Quo in numero fuiſſe puto etiam res incorporales exceptis ſervitutibus prædiorum ruſticorum. Ideo autem hæreditatem legitimam etiam non aditam cedi potuiſſe exiſtimo, quia cum ad eam hæres vocetur à lege, per ceſſionem ejuſdem legis miniſterio in ejus locum ſubrogatur is, cui ceditur hæreditas. Hinc rectè ait Ulpianus: *Si, antequam adeatur hæreditas, in jure ceſſa ſit, perindè heres fit, cui ceſſa eſt, ac ſi ipſe heres legitimus eſſet.*

Quoniam in hæc incidimus, reſpondendum eſt alteri argumento, quod infirmat, ac labefactat ſententiam, quam ſuprà conſtituimus, noſque in eas adigit anguſtias, ex quibus vix ulla patet evadendi via. Nititur illud autoritate Ciceronis *epiſtol.* 44. *lib.* 13.
ad Attic. ubi ait: *Ex eo cognovi cretionem* 49
C. Livii liberam teſtibus præſentibus ſexaginta duobus. Metuebam, ne ille arceſſendus eſſet: nunc mittendum eſt, ut meo juſſu cernat. & *Epiſt.* 45. *Idem Pollex remittendus eſt, ut ille cernat.*

Hotomannus ait, liberam fuiſſe cretionem, quia teſtator dederat facultatem hæredi vel per ſe, vel per procuratorem adeundi; legit autem: *teſtibus præſentibus, ſexaginta diebus.* Quare non poteſt dici libera ratione tempo- 50
ris, quia certum tempus erat præſcriptum. Solum igitur cretio libera erat, quia teſtator facultatem dederat cernendi per procuratorem.

Sed non facile admiſerim, potuiſſe teſta- 51
torem ſua diſpoſitione refragari juris diſpoſitioni, & ſolemnibus actus legitimi, contra text. in *l. quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falc. in l. nemo poteſt ff. de legat.* 1. *in l. jus Publicum ff. de pact.* Nec poſſum omninò probare illam lectionem, licet ab aliis quoque recepta ſit. Quorſum enim teſtes nominavit Cicero, ſi numerum eorum non adjecit? Quis ignorat, cretionem factam fuiſſe præſentibus teſtibus, nec aliter fieri potuiſſe? Supervacanea igitur eſt illa adjectio teſtium,

aut diſpoſitio circa teſtes, niſi numerus eorum præſcribatur. Quis hæredem hodie inſtituit adjecta lege, ut hæreditatem adeat, vel nuda voluntate, vel pro hærede gerendo? Ridicula eſſet hæc diſpoſitio. De hoc jus diſponit, non teſtator.

Duo itaque mihi videntur eſſe perfugia. Alterum, quod tutiſſimum eſt, ibi inſtitutum fuiſſe filium, aut filiam Ciceronis, qui
52 juſſu ejus cernere debebant. Nam & in cretione juſſus patris erat omninò neceſſarius. Extat Antonini conſtitutio in Codice Gregoriano his verbis: *Si in poteſtate patris fuiſti, cùm hereditas Baſſa tibi obvenit, eamque juſſu patris crevisti, jure patria poteſtatis ei eam quæſiſti*. Nec contrarium ſuadent illa verba Ciceronis: *nihil à nobis legavit*. Nam cum hæreditas patri ſtatim acquiratur, *l. placet ff. de acquir. vel om. hered.* ipſe pater ſolvit legata.

Alterum eſt, quod ibi Ciceroni datus erat cohæres Titus Hordeonius, quo caſu poteſt aliquatenus defendi ſententia doctiſſimi Ræ-
53 vardi, quam modo impugnavimus. Poteſt enim quis cohæredi mandare, ut adeat totam hæreditatem, adhibitâ fiduciâ, ut ſibi poſtea mancipet, aut cedat portionem ad ſe pertinentem. Illud enim mandatum continet repudiationem mandantis: quò fit, ut ejus pars accreſcat cohæredi adeunti. *l. qui ex duabus* 52. §. *ult. ff. de acquir. hered. l. unic.* §. *his ita C. de caduc. tollen.* Itaque partem acquiſitam poteſt poſtea in jure cedere, aut alio modo transferre in cohæredem. Veteres, ne recederent à regulis juris, ſæpènu-
54 mero his circuitionibus utebantur. Exempla ſunt: primum in acceptilatione, in qua procurator prius transfert obligationem in ſe ipſum, deinde à creditore liberatur per acceptilationem: *l. & per jusjurandum* §. *tutor ff. de acceptilat.* qua de re uberius ſupra. Alterum in veteri mancipatione, in qua venditor fundum venditum mancipabat procuratori: procurator fundum mancipio acceptum remancipabat emptori: ut docet Cicero eodem libro. 13. *ad Atticum ep.* 48. *Veſtorius ad me ſcripſit, ut juberem mancipio dari ſervo ſuo pro mea parte Heterio cuidam fundum Brinnianum, ut ipſe ei Puteolis rectè mancipio dare poſſet. eum ſervum, ſi tibi videbitur, ad me mitte.* Ergo Cicero mancipat fundum ſervo. Veſtorii ad ſe miſſo; ſervus acquirit fundum domino ſuo Veſtorio; Veſtorius mancipat emptori Puteolis. Hùc etiam pertinet illud ex *epiſt.* 5. *ad Attic. lib.* 10. *Ad me nuper, ſe HS.* xxx. *emiſſe: (diverſorium) ut ſcriberem, cui vellem addici. Diem pecuniæ Id. Novembr. eſſe reſcripſi.* Hoc circuitu ſæpè veteres utebantur, ne recederent à regulis juris. Simile quiddam apparet in Aquiliana ſtipulatione. Naturæ conveniens eſt, unumquodque eo genere diſſolvi, quo & ligatum eſt. *l. nihil tam naturale ff. de reg. jur.* Idcircò obligationes, quæ verbis contractæ non erant, verbis diſſolvi non poterant. *l. an inutilis* 8. §. *acceptum ff. de acceptil.* §. *item per acceptilationem Inſtit. tit. quib. mod. toll. oblig.* Ne recederent ab 55
hac regula Juriſconſulti, ſtatuerunt ſolummodo obligationes verbis contractas per acceptilationem tolli poſſe. Quod rectâ viâ fieri non poterat, per circuitionem aſſequutus eſt. Gallus Aquilius, inventâ Aquilianâ ſtipulatione, per quam obligatio quocumque modo contracta transfunditur in obligationem verborum, & poſtea tollitur per acceptilationem. *l. & uno* 18. §. 1. *ff. de accept.* § *eſt autem. Inſt. tit. quib. mod. toll. oblig.* Et in cernenda hæreditate ſimilem quemdam circuitum uſurpaſſe non eſt improbabile.

Jam verò ad alia progrediamur. Filius, & ſervus adeunt hæreditatem juſſu mandatoque patris, ac domini. *l. qui in aliena* 6. *l. ſi quis mihi* §. *ſed quid ſi mandavit ff. de acquir. hæredit.* Sed qui mandato alterius aliquid gerit, procurator eſt. *l.* 1. *& toto tit. ff. de procurat.*

Facilis, & expedita diſtinctio. Procurator eſt, qui gerit aliquid mandato alterius, & ejus nomine; non verò qui gerit nomine proprio, licet id gerat, ut alicujus præceptis obtemperet. Patris, ac domini juſſus eſt, 56
non mandatum, quale eſt illud procuratoris. *l. ſi quis mihi* 25. *ff. de acquir. hared. l. ſi*

ego & ſervus ff. eod. l. ſervus dotalis 58. *ff. ſolut. matrim. l. ſi ſervus* 7. *in fin. ff. de hæred. inſt. l. acquiruntur.* §. 1. *verſ. ideoque ff. de acquir. rer. dom.* §. *item vobis Inſt. tit. per quas perſon. cuique acquir.* Mandatum enim procuratoris eſt contractus, & perficitur utriuſque conſenſu. *tot. tit. Inſtit. de mand. tit. ff. & C. eod.* Juſſus patris, ac domini unius jubentis voluntate conſtat, cui filius, & ſervus tenentur obtemperare. Præterea filius, & ſervus, etſi adeant juſſu patris, ac domini, tamen adeunt ſuo nomine, non alieno, & adeunt hæreditatem ſibi delatam, non hæreditatem delatam patri, ac domino, quam utique adire non poſſunt. Procurator adit hæreditatem non ſuo nomine, ſed mandantis; & adit hæreditatem non delatam ſibi, ſed mandanti. Uno verbo non adeunt hæreditatem ſibi delatam pater, ac dominus per filium ac ſervum; ſed filius ac ſervus adit hæreditatem, ſibi delatam, juſſu patris, ac domini: & ipſe filius ac ſervus fit hæres, *l.* 3. *& l. liberi* 8. *ff. de vulg.* licet eam ſtatim acquirat patri, ac domino, vi patriæ, ac dominicæ poteſtatis. *l. placet ff. de acquir. hæred.*

Supereſt text. *in l. ſi infanti C. de jure deliber.* in qua permittitur patri, aut tutori
57 infantis adire pro eo hæreditatem. Sed hoc ſpecialiter à Juſtiniano conſtitutum eſt in ſolo infante, ut conſtat ex eadem *l.* §. *ult.* cum olim ipſe infans adire deberet. *l. invito* 66. §. *ſi pupillo ff. ad SC. Trebellian.* Sed hoc ipſum demonſtrat, pro alio adiri non poſſe.

His expoſitis rem in pauca contraham. Aut datus eſt procurator omnium bonorum: aut datus eſt procurator ad adeundam hæreditatem. Si datus eſt procurator omnium bonorum, hic certè adire non poteſt hæreditatem domino delatam: mandatum enim generale non tribuit facultatem adeundæ hæreditatis, ſed requiritur mandatum ſpeciale. *l. ſi quis mihi bona* 25. §. *ſed utrum ff. de*
58 *acquir. hæred.* Et præcipuum eſt in Procuratore Cæſaris, ut poſſit adire: *l.* 1. §. *ult. ff. de offic. Procur. Cæſ.* quam facultatem vel ipſe Cæſaris Procurator habet ſolum, cùm hæreditas eſt opulenta, non cùm hæreditas ſolvendo non eſt. *l.* 2. *ff. eod.*

Si verò datus ſit procurator adeundæ hæreditatis, rurſus diſtinguendum eſt. Aut habet mandatum generale ad adeundam quamlibet hæreditatem, & hujuſmodi mandatum eſt inutile. *d. l. ſi quis mihi* §. *an nominatim ff. de acquir. hæred.* Aut habet mandatum ſpeciale ad adeundam certam hære-
ditatem. Et, ſi mandatum illud contineat 59
hæreditatem viventis, pariter eſt inutile. *d. l. ſi quis mihi* §. *an nominatim ff. de acquir. hæred.*

Tota igitur quæſtio eò redigitur, an poſſit hæres, cui jam delata eſt certa hæreditas, mandare procuratori, ut eam adeat. Et ſane ſi ſimpliciter mandet, ſupervacaneum eſt mandatum: nam eo ipſo adit hæreditatem, ut ſuprà probavimus ex *l. ſi ego & ſervus ff. de acquir. hæred.* Itaque nihil ſupereſt peragendum procuratori, cùm hæreditas ſemel adita amplius adiri non poſſit: quia ſtatim transfert omne jus defuncti in hæredem adeuntem. *l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.*

Solus igitur ſupereſt caſus, cùm hæres non mandat ſimpliciter, ut adeat hæreditatem; ſed cùm hæreditas in longinquo poſita ſit, aut multis oneribus implicata, mandat procuratori, ut diligenter expendat, & excutiat vires hæreditatis; & ſi cognoverit eam eſſe lucroſam, adeat. Quo caſu in foro à pleriſque receptum eſt, adiri poſſe hæreditatem per procuratorem: quod & Duarenus ſubodoratus eſt.

Enimverò hæc ſententia non eſt abſurda; & quoad effectum meo judicio veriſſima eſt: nam non ante hæres acquirit hæreditatem, quàm procurator eam adiverit. Illud tamen falſum eſt, quod hæredi acquiratur ex adi-
tione procuratoris. Ei enim acquiritur ex 60
ſua voluntate, & ex propria aditione. Licèt enim mandatum ſit conditionale, & non inducat aditionem, quia hæreditas ſub conditione adiri non poteſt; *l. actus legitimi ff. de reg. jur. l. Cùm quis* 51. *ff. de acquir. hær.* tamen cùm voluntas hæredis continuetur, & excurrat in illud tempus, quo aditur hæreditas à procuratore; non ex facto procuratoris acquiritur, ſed ex voluntate hære-

Digitized by Google

dis cùm facto procuratoris concurrente. Nam ſi voluntas hæredis non continuaretur, & non concurreret cùm aditione procuratoris, nulla eſſet aditio. *ex text. in l. qui ſervum* 47. *& in l. ſequent. ff. de acquir. hæred.* Cùm autem voluntas hæredis, ejuſque deſtinatio ſola ſufficiat ad adeundum, *l. ſi avia C. de jur. delib. §. ult. Inſtit. tit. de hæred. qual.* hac ſola voluntate acquirit hæreditatem, & factum procuratoris ſolummodo tendit ad declarandam voluntatem hæredis. Declaratio autem, etſi neceſſaria ſit, tamen non declaratione acquiritur hæreditas, ſed voluntate, de qua conſtat per declarationem.

CAPUT XIII.

Ad l. 2. §. ſed etſi mater ff. ad SC. Tertull. & l. 1. §. qui habebat ff. de bon. poſſ. cont. tab.

SUMMARIUM.

1 *Quæſtio proponitur.*
2 *Jure veteri agnati vocabantur in infinitum. & n. 40.*
3 *Cognatus proximior, vel æque proximus, non excluditur à cognato remotiore, licet ille ſit etiam agnatus.*
4 *Quæ bonorum poſſeſſiones dentur tranſverſalibus.*
5 *In ſucceſſione non admittitur ordo ſubſequens, niſi deficiente penitus antecedente. & n. 29.*
6 *Non defertur bonorum poſſeſſio ei, qui eſt ultra gradum à jure præſcriptum.*
7 *Bonorum poſſeſſio* unde cognati *ſoli proximo defertur.*
8 *Non conſideratur in jure tertium genus conjunctionis ex cognatione & agnatione compoſitum, ex quo ſucceſſio deferatur.*
9 *Agnatus petens* unde cognati *non excludit cognatos proximiores, aut æquè proximos.*
10 *In bonorum poſſeſſione* unde cognati *ſola proximitas ſpectatur.*
11 *Nec attenditur jus agnationis.*
12 *Et agnati admittuntur ultrà ſextum gradum.*
13 *Agnati ſunt cognati.*
14 *Aliquando eadem eſt conjunctio tam agnationis, quam cognationis: aliquando diverſa, & quid operetur.*
15 *Non defertur bonorum poſſeſſio* unde cognati, *niſi deficiente* unde legitimi. *& n. 16.*
17 *Soror olim patri præferebatur in ſucceſſione.*
18 *Mater autem patri poſtponebatur.*
19 *Nemo poteſt ſimul uti duplici jure in ſuccedendo.*
20 *Incapax ſuccedendi jure agnationis, non poteſt uti eo jure ſuccedens inter cognatos.*
21 *Non defertur ſucceſſio ei, qui eſt ultra gradum ſucceſſioni præſcriptum.*
22 *Fruſtrà petitur ſucceſſio, quæ non eſt delata.*
23 *Non prodeſt proximitas ei, qui non eſt ex genere vocatorum, & explicatur exemplis.*
34 *Ut quis admittatur ad ſucceſſionem, tria requiruntur.*
25 *Succeſſio agnatis non defertur jure proximitatis, ſed jure agnationis. & 26.*
27 *Succedens tamquam nepos non poteſt uti prærogativa filii, etiamſi ſit filius: & contrà, ſi velit ſuccedere tamquam filius, non poteſt uti prærogativa nepotis. & 28.*
29 *Succedens in ſecundo ordine non poteſt mutuari qualitatem tertii ordinis.*
30 *Qualitas non poteſt eſſe ſine ſubſtantia, cui cohæreat.*
31 *Generatio & cognationem, & gradum ſimul efficit.*
32 *Gradus eſt à cognatione inſeparabilis.*
33 *Nec poteſt transferri de una conjunctione ad aliam.*
34 *Duplex vinculum ultra fratrum filios non attenditur.*
Maximè ſi utrumque non ſit ejuſmodi, ut tribuat jus ſuccedendi.
35 *Bonorum poſſeſſio* unde legitimi *datur ſolum à lege vocatis ad hæreditatem.*
36 *Proximus agnatus & à lege, & à Prætore vocatur, & præfertur omnibus cognatis.*
37 *Proximus dicitur etiam, qui ſolus eſt.*
38 *Agnatio eſt nomen civile, & conſiſtit in prærogativa ſuccedendi in hæreditatibus, & tutelis.*
39 *Sublatâ hac prærogativâ tollitur agnatio: & probatur exemplis.*
41 *Proximus eſt, quem nemo præcedit.*
42 *Proximitas, quam quis habet tamquam cognatus, non conſtituit eum proximum agnatum.*
43 *In fideicommiſſis agnatitiis deſumi poteſt proximitas à cognatione juxta communem Pragmaticorum ſententiam.*
44 *Succeſſio inteſtata differt à teſtamentaria.*
45 *Capax ſuccedendi facilius poteſt proximitatem gradus mutuari quam incapax.*
46 *Gradus non tribuit jus ſuccedendi incapaci.*
47 *Fœmina nubens in familia conſervat, & propagat agnationem: ſed refellitur hæc opinio nn. ſeqq.*
48 *Fœmina per nuptias non tranſit in familiam viri: nec deſinit eſſe agnata, & manet in poteſtate patris: & fit affinis viro, non agnata.*
49 *Filii vulgo quæſiti ſunt cognati matri ſuæ, & inter ſe.*
50 *Filii ſunt patris, non matris agnati: & patris, non matris familiam ſequuntur.*
51 *Nemo poteſt eſſe agnatus illis, quibus per matrem conjungitur.*
52 *Jure Civili ſæpenumerò fœminæ nubebant in familia: & afferuntur exempla.*

Digitized by Google

NOvam, & ab Interpretibus noſtris hactenus non agitatam quæſtionem de bonorum poſſeſſionibus aggredimur. Ex facto quæſitum fuit: Deceſſit Cajus ab inteſtato: concurrunt ad ejus ſucceſſionem Titius agnatus Caji ultrà decimum gradum, ejuſdemque cognatus in tertio, utpote natus ex ſorore defuncti; & Sempronius cognatus Caji in ſecundo gradu: quis eorum præferatur in
1 bonorum poſſeſſione. Quæſtio proponi poteſt in genere: An cognatus remotior excludat cognatum proximiorem, vel æquè proximum, dummodò ſit defuncto conjunctus etiam jure agnationis, ſed ultrà gradum in ſucceſſione præſcriptum. Suſtulit hanc controverſiam jus noviſſimum, ſublatâ prærogativâ agnationis. Itaque hac de re diſputari ſolummodò poteſt, aut ſecundum jus vetus, quo agnati præferebantur cognatis; aut ſecundum jus municipale, quo ubique ferè locorum agnati uſque ad certum gradum cognatis præferuntur.

Reſpondi, hanc quæſtionem jure veteri
2 non fuiſſe definitam. Licèt enim eo jure agnati cognatos excluderent, tamen nullus uſquam gradus agnatorum ſucceſſioni præſcriptus eſt, & ubique vocantur ad ſucceſſionem ſine ulla præfinitione. *l. 2. §. agnati & §. hæc hæreditas ff. de ſuis & legit. hæred. l. Juriſconſultus* 10. *ff. de gradib. & affin. §. 1. Inſtit. tit. de legit. agn. tut. §. ult. Inſt. tit. de ſervil. cognat. §. cæterum Inſtit. tit. de legit. agn. ſucceſſ. novell.* 118. *cap.* 3. *l. unic. C. unde vir & ux. l. 1. C. de bon. vac.* Solus Juſtinianus exempli cauſâ nominavit decimum gradum in *§. hoc loco Inſtit. tit. de ſucceſſ. cogn.* Cùm igitur in jure noſtro nuſquam ſucceſſio agnatorum intra certum ac definitum gradum cogatur, non poteſt in eo reperiri exemplum agnati non ſuccedentis, eo quod ſit ultrà gradum præſcriptum ſucceſſioni agnatorum.

Admiſsâ tamen communi ſententiâ, præſcribente decimum gradum agnatorum ſucceſſioni, vel examinando controverſiam de jure municipali, veriſſimum puto cognatum
3 proximiorem, vel æquè proximum non excludi à cognato, qui ſit ſimul agnatus defuncti, ſed ultrà gradum ſucceſſioni præſcriptum. Ut autem id demonſtremus, duo ſunt præmittenda.

Primò, quod tranſverſalibus duæ tantum 4
competunt bonorum poſſeſſiones: *Undè legitimi*, & *undè cognati*. *§. ſed eas Inſt. tit. de bon. poſſ. l. 1. ff. quis ord. in bonor. poſſ. ſerv.* Itaque Titius remotior cognatus, & ſimul agnatus, aut petere debet bonorum poſſeſſionem *undè legitimi*, tamquam agnatus; aut *undè cognati*, tamquam cognatus. Neque enim ulla alia bonorum poſſeſſio ei defertur.

Secundò, quod in ſucceſſione ab inteſtato, & præſertim in bonorum poſſeſſionibus, plures diviſi ſunt gradus, ſeu ordines ſuccedentium: veluti de jure veteri liberorum, legitimorum, cognatorum: de jure noviſſimo deſcendentium, aſcendentium, & collateralium. *l. 1. §. 1. ff. ſi tab. teſtam. null. exſtab. novell.* 118. *cap.* 1. 2. & 3. Atque ita 5
diviſi ſunt, ut, quamdiu ſupereſt perſona aliqua primi ordinis, non admittatur quiſquam ſecundi ordinis, nec ad tertium ordinem progredi poſſimus, niſi ſecundo penitus excluſo, ac terminato. *l. filius qui* 41. *§. cùm filium ff. de bon. libert. l. 1. §. ſed videndum*: ibi: *cæteris defertur ff. de ſucceſſ. edict.* junctâ *l. delata* 151. *ff. de V. S.* Itaque hi ordines confundi, & commiſceri non poſſunt, quia non defertur hæreditas, & bonorum poſſeſſio ordini ſubſequenti, niſi deficientibus omnibus perſonis ordinis antecedentis. *d. l. 1. & d. l. delata.*

Hiſce præmiſſis, quæ ſunt exploratiſſimi juris, ad rem veniamus. Aut Titius petit bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*, aut *unde cognati*: nulla enim alia ipſi deferri poteſt. Bonorum poſſeſſionem *unde legitimi* fruſtrà petit: quia, cùm ſupponamus, hanc 6
bonorum poſſeſſionem non deferri agnatis ultrà decimum gradum, à jure præſcriptum ſucceſſioni agnatorum; & Titium eſſe agnatum ultrà decimum gradum; evidens eſt, Titio hanc bonorum poſſeſſionem non deferri.

Fruſtrà etiam petet bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, quia, cum hæc proximitatis

Digitized by Google

jure deferatur, excluditur à Sempronio, quem ſupponimus eſſe cognatum proximiorem. *princ. tit. Inſtit. de ſucceſſ. cognat. l. 1. §. ſi quis proximior. ff. unde cognat. l. 2. in fin. C. de ſucceſſor. edict. novell. 118. §. ſi vero.*

7 Nulla igitur ei defertur bonorum poſſeſſio: non *unde legitimi*, tamquam agnato, quia eſt ultrà gradum ſucceſſioni præſcriptum; non *unde cognati*, tamquam cognato, quia non eſt proximus.

Cùm non poſſit admitti ad ſucceſſionem neque tamquam agnatus, neque tamquam cognatus, ſupereſt tantummodò, ut petat bonorum poſſeſſionem utroque jure ſimul, tam agnationis, quam cognationis: hoc eſt, ut conjungat agnationem cum cognatione, & ſimul utatur utraque prærogativa agnatorum, & cognatorum, inauditâ qua-
8 dam inciſione agnationis & cognationis, ex qua fiat tertium quoddam genus conjunctionis ex utraque compoſitum; & tertius ordo ſucceſſionis cum ſecundo commiſceatur, & confundatur. Atqui nec hi duo ordines, qui ſunt inter ſe omnino diſtincti, ac ſeparati, poſſunt commiſceri, ut initio probavimus; nec ulla uſquam à Prætore propoſita eſt ſpecialis bonorum poſſeſſio venientibus ad ſucceſſionem utroque jure, cùm agnationis, tum cognationis. Ergò, ſi neque admittitur ad bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*, neque ad bonorum poſſeſſionem, *unde cognati*; neque propoſita eſt ulla alia bonorum poſſeſſio, ad quam poſſit admitti, utique nulla ei defertur, nulla competit bonorum poſſeſſio.

Atque hæc clariſſima ſunt germanam juris ſcientiam callentibus. Quia tamen multi hîc hærent, nec facile ſe poſſunt expedire, enucleanda ſunt accuratius. Si Titius id agit, ut admittatur, & tamquam agnatus ſimul, & tamquam cognatus, alterutrum neceſſarium eſt: vel ut petat bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, tamquam cognatus, & ab agnatione mutuetur jus agnationis, quo fulciat, & corroboret cognationem, per ſe infirmam, & incapacem ſucceſſionis: vel, ut petat bonorum poſſeſſionem, *unde legitimi*, tamquam agnatus, & à cognatione mutuetur gradûs prærogativam, ſeu proximitatem, quâ deſtituitur agnatio. Utrumque autem eſt contra regulas, & præcepta juris; & ideò neutrum Titio permittendum.

Non poteſt Titius petendo bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, & ſuccedens tamquam cognatus, mutuari prærogativam, & jus prælationis ab agnatione ad excludendum proximiorem cognatum. Etenim agna- 9
tus, qui petit bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, etiamſi ſit agnatus in gradu ſucceſſibili, tamen non præfertur cognatis proximioribus, aut æquè proximis, ſed inter cæteros æquè proximos admittitur; *l. 1. §. ſed videndum*, ibi: *inter cæteros ff. de ſucceſſ. edict. §. placebat.* ibi: *imperfecto jure. Inſt. tit. de legit. agnat. ſucceſſ.* & ibi omnes Interpretes; & eſt in confeſſo apud omnes DD. Itaque fœmina agnata, quæ olim admittebatur inter cognatos, non præferebatur cognatis æquè proximis, ſed ſuccedebat ſecundùm gradûs prærogativam. *§. cæterum. verſ. ſed quia Inſt. tit. de legit. agnat. ſucceſſ.*

Ratio autem duplex eſt. Prima, quia hæc 10
bonorum poſſeſſio ſolius proximitatis nomine defertur, & ideò appellatur in jure noſtro bonorum poſſeſſio *proximitatis nomine. §. eos, & §. vulgo & § ult. Inſtit. tit. de ſucceſſ. cogn. princ. tit. Inſtit. de ſerv. cognat. l. capitis 3. l. ſi ſpurius 4. ff. unde cognat. l. ad inteſtati 5. C. de legit. hæred. l. item 8. ff. de ſuis, & legit hæred. l. qui admitti l. 1. l. 2. §. nam ſi quis 1. ff. de jur. & fact. ignor.* Itaque in hac bonorum poſſeſſione deferenda Prætor nihil aliud conſiderat, quam gradus proximitatem.

Altera ratio eſt, quia, qui vult frui privilegio, ac prærogativa agnationis, petere debet bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*, quæ jure agnationis defertur. Qui petit bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, hoc ipſo declarat ſe nolle uti jure agnationis: nec poſſet uti, ſi vellet: quia, ut initio dixi- 11
mus, cum ſint ſeparati ordines ſuccedendi, ita ut ſimul concurrere non poſſint; qualitas, & prærogativa ſecundi ordinis in tertium transferri non poteſt, in quo ſola cognationis conjunctio conſideratur. Quamobrem

Digitized by Google

licèt agnati in bonorum poſſeſſione *unde legitimi* admittantur etiam uſque ad decimum
12 gradum; tamen in bonorum poſſeſſione *unde cognati* non admittuntur ultrà ſextum : *l. octavi ff. unde cognat.* & DD. omnes : quia in hoc tertio ordine nulla habetur agnationis ratio.

Ex his procul dubio infertur, Titium ſuccedentem, tamquam cognatum, per bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, non poſſe excludere proximiorem cognatum, propterea, quòd ſit etiam agnatus. Etenim ſi ille, qui eſt agnatus, intrà gradum ſucceſſioni præſcriptum, uti non poteſt prærogativâ agnationis, quando ſuccedit in tertio ordine, tamquam cognatus; multò minùs eâ uti poterit, qui eſt agnatus ultrà gradum ſucceſſioni præſcriptum. Si illi non prodeſt agnatio, licèt ipſa per ſe ſit utilis ad ſuccedendum; multò minùs huic prodeſſe poteſt illa agnatio, quæ non eſt utilis ad ſuccedendum, neque reddit Titium capacem ſucceſſionis. Illud etiam animadvertendum eſt, quòd, quando agnatus ſuccedit in tertio ordine, tamquam cognatus, idem eſt vinculum, eademque conjunctio ſanguinis, quâ conſti-
13 tuitur & agnatus, & cognatus. Nam & agnati ſunt cognati, eademque conjunctio ſanguinis, quæ facit agnatum, facit etiam cognatum. §. 1. *Inſtit. tit. de leg. agnat. tut. &* §. 1. *de legit. agn. ſucceſſ.* Itaque etſi omiſerit bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*, tamquam agnatus; & petat bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, tamen in petenda hac bonorum poſſeſſione utitur eodem vinculo, eademque conjunctione ſanguinis, quæ tribuit ipſi jura agnationis. Verùm, quia venit ad ſucceſſionem tamquam cognatus, non tamquam agnatus, nihilominus non poteſt allegare jus agnationis ad excludendum æquè proximum, aut proximiorem cognatum. Multò minus igitur id allegare poterit, quando jus agnationis non promanat ab eo vinculo, eaque conjunctione ſanguinis, quæ tribuit ipſi jura ſucceſſionis. Si conjungi non poteſt jus agnationis cum agnatione, quando utraque manat ab una, eademque conjunctione ſanguinis, & nititur uno, eodemque vinculo conſanguinitatis, quo ad ſucceſſionem admittitur, quantò minus conjungi poterunt in caſu noſtro, in quo duæ ſunt cauſæ diſtinctæ, ac ſeparatæ, agnationis, & cognationis; duo ſunt vincula; duæ conjunctiones; & conjunctio, per quam admittitur ad ſucceſſionem tamquam cognatus, nihil commune habet cum conjunctione, per quam eſt agnatus? Primo caſu idem eſt agnatio, & cognatio, & eatenus tantum differt, quatenus in cognatione conſideratur conjunctio ſanguinis in genere; in agnatione conſideratur in ſpecie, quatenus eſt ſpecialis conjunctio per maſculos; cæterum eſt una, & eadem conjunctio. In caſu noſtro diverſa eſt agnatio à cognatione: diverſæ enim ſunt conjunctiones, diverſæ perſonæ, ex quibus utraque oritur.

Confirmatur, quia aut Titio defertur bo- 14
norum poſſeſſio *unde legitimi*, tamquam agnato, aut non defertur. Neutro caſu poteſt excludere proximiorem cognatum petendo bonorum poſſeſſionem *unde cognati*. Nam ſi ei defertur bonorum poſſeſſio *unde legitimi*, utique non poteſt petere alteram bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, niſi repudiet bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*,
quæ prius defertur. Neque enim fit locus 15
cognatis, niſi deficientibus, aut repudiantibus agnatis: neque defertur bonorum poſſeſſio *unde cognati* perſonis vocatis in tertio ordine, quamdiù perſonæ vocatæ in ſecundo ordine poſſunt petere bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*; quia hæc illam præcedit. *princ. tit. Inſtit. de ſucceſſ. cognat.* §. *fin. in fin. Inſtit. de ſervil. cognat. l.* 1. *ff. quis ord. in bonor. poſſeſſ. ſervet.* Repudiatâ autem bonorum poſſeſſione *unde legitimi*, non poteſt amplius uti jure, & prærogativâ agnationis ad excludendum proximiorem cognatum. Probatur id evidenter ex *l.* 2. §. *ſed etſi ipſa*
mater 19. *ff. ad SC. Tertullian.* Species ejus 16
legis hæc eſt. Antonius ex Fauſtina filia nepotem habebat. Eum adoptavit in locum filii. Deceſſit hic filius adoptivus: quæſitum eſt, ad quem deferatur ejus ſucceſſio, utrum ad Antonium patrem, an ad Fauſtinam? Fauſtina defuncti mater eſt, & ſoror: mater ratione

ratione generationis; ſoror jure adoptionis.
17 Soror olim patri præferebatur. §. *præferuntur Inſtit. tit. de SC. Tertull. d. l.* 12. §. *ſi ſit con-*
18 *ſanguinea ff. ad SC. Tertull.* Mater verò patri poſtponebatur. *d.* §. *præferuntur & d. l.* 2. §. *undecumque ff. ad SC. Tertull.* Itaque Fauſtina duplici vinculo conjungitur defuncto, & quâ mater eſt, & quâ ſoror; & duplici jure poteſt ſuccedere, & tamquam ſoror, & tamquam mater. Tamquam ſoror excludit patrem: tamquam mater à patre excluditur. Reſpondet igitur J C. in *d. l.* 2. §. *ſed etſi ipſa mater;* quod ſi Fauſtina petat hæreditatem, tamquam ſoror, excludit patrem; ſi
19 verò repudiavit jus conſanguineæ, & veniat tamquam mater, à patre excluditur: quia, quæ petit hæreditatem, tamquam mater, non poteſt uti jure ſororis, licet ſoror ſit. Etenim non defertur ei hæreditas, tamquam matri, niſi prius extincto jure ſuccedendi, quod habebat tamquam ſoror, vel per repudiationem, vel per lapſum temporis: ac propterea uti non poteſt eo jure, quod jam extinctum eſt. Ita in caſu noſtro Titius duplici vinculo conjungitur defuncto, agnationis, & cognationis, & duplici jure poteſt admitti ad ſucceſſionem: ſed ſi velit ſuccedere, tamquam cognatus, non poteſt uti jure agnationis, quæ nullum amplius ei præſtat jus ſuccedendi, cùm ſit extinctum vel per repudiationem, vel per lapſum temporis.

Quod ſi Titio non defertur bonorum poſſeſſio *unde legitimi*, ſed ſola bonorum poſſeſ-
20 ſio *unde cognati*; quia non eſt agnatus intra gradum præſcriptum ſucceſſioni agnatorum; multò minus in ſuccedendo uti poterit jure agnationis ad excludendum proximiorem cognatum: quia hoc jus ſuccedendi ratione agnationis numquam habuit. Si jus ſuccedendi ratione agnationis nobis non prodeſt, quando illud amiſimus, quantò minus prodeſſe poteſt, quando numquam habuimus? Qui repudiavit, ipſe per ſe jure capax eſt ſucceſſionis inter agnatos: hic autem nec eſt, nec umquam fuit capax ſucceſſionis. Ille (ut à Scholis formulas mutuemur) privatur ſucceſſione, quæ defertur agnatis, accidentaliter: hic verò eſſentialiter. Abſurdum eſt plus juris huic tribuere, quam illi: ſicut abſurdum eſſet plus tribuere ei, qui inteſtabilis eſt; quàm ei, qui jure fuit inſtitutus, licet omiſerit hæreditatem.

Hactenus demonſtratum eſt non poſſe Titium, petentem bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, mutuari prærogativam, & jus ſuccedendi ab agnatione, ut excludat proximiorem, vel æquè proximum cognatum. Su- 21
pereſt demonſtrandum, quod nec admitti poteſt ad bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*, mutuando proximitatem, & gradum à cognatione. Si enim Titius eſt agnatus ultrà gradum ſucceſſioni præſcriptum, & nulli alii ſunt agnati, non defertur hujuſmodi ſucceſſio. *l. delata ff. de V. S.* Fruſtrà igitur petitur bonorum poſſeſſio *unde legitimi*, ſi ea non defertur: & fruſtrà quæritur de proximitate gradûs, non delatâ bonorum poſſeſ-
ſione: fruſtrà enim petit ſucceſſionem ille, 22
cui delata non eſt. *l.* 1. §. *decretalis ff. de ſucceſſ. edict.* junctâ *l. is poteſt ff. de acquir. hæred. l. in plurium ff. eod.* Item priùs neceſſe eſt, ut quis ſit ex genere vocatorum ad eam ſucceſſionem; deinceps, ut ſit proximus:
nihil enim prodeſt gradûs proximitas ei, qui 23
non habet jus capiendæ hæreditatis. Emancipati olim, & nunc erant filii, & erant proximi: utrumque tamen nihil eis proderat, quia à lege duodecim Tab. non erant vocati ad hæreditatem. §. *emancipati Inſtit. tit. de ſucceſſ. quæ ab int.* Mater ante Senatuſc. Tertullianum erat proxima, non tamen excludebat remotiorem agnatum, quia non habebat jus capiendæ legitimæ hæreditatis *princ. tit. Inſtit. de SC. Tertull.* In ſumma, ut quis admittatur ad ſucceſſionem ab inteſtato, cæteris omnibus excluſis, tria concurrant neceſſe eſt. Primùm, ut delata ſit hæreditas,
& ſucceſſio: deindè, ut ille ſit ex genere vo- 24
catorum ad eam ſucceſſionem: denique ut ſit omnium vocatorum proximus. Titius in caſu noſtro, etiamſi poſſet mutuari proximitatem gradûs à cognatione, tamen non poſſet ſuccedere, quia neque delata eſt agnatis ſucceſſio, cùm nulli ſint intra gradum à lege præſtitutum; neque eſt ex genere vo-

catorum ad bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*: vocantur enim ad eam legitimi hæredes, ille autem non eſt hujuſmodi, ut infrà probabimus: & vocantur uſque ad certum gradum, non ultrà; ille autem eſt ultrà gradum, ac proindè non eſt ex numero vocatorum; nihilque ei prodeſſe poteſt proximitas, quam à cognatione mutuatur.

Aliâ quoque de cauſa à cognatione adſcita proximitas prodeſſe non poteſt ad excludendum proximiorem cognatum, quia agnati cum cognatis concurrentes in ſucceſſione eos excludunt jure agnationis, non jure proximitatis: ſuccedunt enim agnati non jure proximitatis, ſed ſolùm jure agnationis. §. *ult. verſ. toties Inſtit. tit. de ſervil. cognat. l. ſpurius* 4. *ff. und. cognat. l. ab inteſtati.* 5. *C. de legit. hæred.* §. *fin. Inſt. tit. de ſucceſſ. cogn.* & ibi Vult. *n.* 4. Cujac. in *l.* 1. §. *pro-*
25 *ximus ff. unde cogn.* Cùm enim agnati remotiores præferantur proximioribus cognatis, utique præferri non poſſunt jure proximitatis: nam jure proximitatis remotior non poteſt excludere proximiorem, ſed ſemper proximior præfertur. *auth. de hæred. ab inteſt.* §. *ſi verò l. Juriſconſultus* 10. *in princ. ff. de gradib.* Itaque in concurſu agnatorum, & cognatorum non proximitas ſpectatur, ſed ſolùm jus agnationis: & ideò ſoli cognati proximitatis nomine ſuccedere dicuntur, non agnati, ut ſuprà probavimus. Fruſtrà igitur Titius mutuatur proximitatem à cognatione, cùm non habeat jus agnationis, jus capiendæ legitimæ hæreditatis, quo ſolo nititur agnatorum ſucceſſio, & quo ſublato præferri non poteſt proximioribus, aut æquè proximis.

Dico jam, quòd Titius ne quidem poteſt mutuari proximitatem à cognatione, & uti gradu proximitatis, quem habet tamquam cognatus, ſi velit ſuccedere jure agnationis. Probatur id primò, quia nemo, qui aliquo
26 titulo adſpirat ad ſucceſſionem, uti poteſt qualitate, aut gradu, quem habet alio nomine; nec cuiquam permittitur ex duabus perſonis, quas poteſt repræſentare, unam conflare, & conjungere duas qualitates ad excludendum proximiorem, vel æquè proximum. *l.* 1. §. *qui habebat ff. de bonor. poſſ. contr. tab.* Quidam habebat Cajum filium, & ex eo nepotem Sejum. Emancipavit Cajum, eumque adoptavit in locum nepotis. Quæritur, an Cajus Sejo præferatur in parentis ſucceſſione. Et quidem, ſi poteſt mutuari proximitatem à ſe ipſo, quam habet tamquam filius, utique præferendus eſt nepoti Sejo. Sejum enim præcedit, cùm ſit in 27
primo gradu, tamquam filius defuncti, & Seji pater; & ſit in poteſtate propter adoptionem. Nihilòminus tamen reſpondet JC. Cajum Sejo præferendum non eſſe: ratio eſt, quia in poteſtate eſt, quaſi nepos adoptivus, non quaſi filius; *l.* 1. §. *ſi quis filium ff. ſi tab. teſt. null. extab.* & quaſi nepos eſt in pari gradu cum Sejo, nec ipſum præcedit. Et quamvis ſit etiam filius, tamen cùm ſuccedat quaſi nepos, uti non poteſt proximitate, quam habet quaſi filius. Si verò velit ſuccedere, tamquam filius, non poterit uti prærogativâ ſui hæredis, quam habet, quaſi nepos: quia quaſi nepos eſt in poteſtate: quaſi filius autem eſt emancipatus. Uno verbo, ſi petat ſucceſſionem, quaſi filius, quia eſt emancipatus, jungitur nepoti in poteſtate exiſtenti. *l.* 1. §. *ſi quis filium ff. ſi tab. teſtam. nullæ extab. l.* 1. *& tot. tit. ff. de conjung. cum emanc. liber.* Si verò petat, quaſi nepos, eſt in pari gradu cum altero nepote; nec poteſt eum excludere eâ de cauſâ, quòd ipſum præcedat, quaſi filius, adſcitâ proximitate à perſona filii. In hoc caſu non agitur de adſciſcenda proximitate ab alio ordine ſuccedendi, quia tam filius, quàm nepos ſuccedunt in primo ordine liberorum. Item non agitur de admittendo ad ſucceſſionem eo, qui naturâ ſuâ ſit incapax ejus ſucceſſionis, quia, ſive veniat quaſi filius, ſive quaſi nepos, ſemper habet jus capiendæ hæreditatis. *tot. tit. Inſtit. de hæredit. quæ ab int. defer.* Contrà in caſu noſtro, qui ſucceſſurus eſt in ſecundo ordine, tamquam agnatus, vult adſciſcere proximitatem à tertio ordine cognatorum; &, qui non habet jus capiendæ hæreditatis, quaſi agnatus, jus illud conſequi vult adſcitâ proximitate cognatitiâ, quæ eſt alterius generis, atque ideò non poteſt tribuere jus ſuccedendi

Digitized by Google

inter agnatos. Quàm ſint hæc abſurda, nemo non videt.

Confirmatur ex *l. 2. §. ſed etſi ipſa mater ff. ad SC. Tertull.* quam ſuprà expoſuimus: ubi mulier, quæ ſimul eſt mater, & ſoror defuncti; ſi veniat tamquam mater, non
poteſt uti prærogativâ, quam habet, tam-
28 quam ſoror, excludendi patrem. Hîc quo-
que neque fieri debet tranſitus de uno ordine ad alium; neque tribui debet jus ſuccedendi ei, qui nullum jus habet, ut in caſu noſtro.

Probatur ſecundò, quia ſuprà demonſtratum eſt, quòd, ſi Titius, quaſi cognatus, petat bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, non poteſt uti jure agnationis, licèt ſit agnatus: ergò multò minus, ſi, quaſi agnatus, petat bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*, poterit uti prærogativâ cognationis. Facilius enim qualitas ſecundi ordinis in tertium derivari poteſt, quàm qualitas tertii ordinis à ſecundo præoccupari. Ratio eſt, quia ſucceſſio priùs defertur ſecundo ordini, deinceps verò tertio: itaque, cùm ſuccedit, quaſi cognatus, in tertio ordine, facilè poſſet retinere prærogativam, quam habebat, cùm ipſi ſucceſſio deferebatur in ſecundo ordine, quaſi agnato. Contrà verò, cum
29 ſuccedit in ſecundo ordine, quaſi agnatus,
non poteſt præoccupare qualitatem, quam habiturus eſt in tertio ordine, quaſi cognatus, quia tertii ordinis nulla habetur ratio, quamdiu exſtant perſonæ ſecundi ordinis, cùm tertio ordini ſucceſſio non deferatur, niſi penitus excluſo, ac terminato ſecundo ordine. *l. filius qui 42. §. cùm filius ff. de bon. libert.*

Tertiò, quia gradus, & proximitas, cùm ſint qualitates cohærentes cognationi, non poſſunt de cognatione in agnationem transferri, & de una conjunctione ad aliam, quia qualitas eſſe non poteſt ſine ſubſtantia cui cohæret. *l. ſi ſervum 4. §. ſi modus*, & ibi Caſtrenſ. *n. 3. ff. de action. empt.* Bellon.
30 *conj. 2. n.* 81. Cohæret autem inſeparabiliter
cognationi proximitas gradûs; quia generatio producit cognationem. *l. 1. §. cognati ff. unde cognati. l. non facile 4. §. cognati ff. de*
31 *gradib.* Eadem verò generatio facit ſimul
etiam gradum. *§. hactenus Inſtit. tit. de gradib. cognat.* Nec poteſt ſeparari gradus à cognatione, quia nemo poteſt eſſe cognatus, quin ſit in aliquo gradu cognatus: & contrà nemo poteſt eſſe in aliquo gradu conjunctus,
quin ſit cognatus. Multò minùs gradus, qui 32
uni conjunctioni cohæret, ad aliam transferri poteſt: quoniam tot ſunt gradus, quot generationes, & generatio addita gradum adjicit. *d. §. hactenus Inſtit. tit. de grad. cognat.*
Itaque ſi in una conjunctione tres ſunt gene- 33
rationes, in aliâ duodecim; non poſſunt illi tres gradus ab illa conjunctione ad hanc transferri: quia generationes, quibus illa conjunctio connectitur, & numero, & ſpecie diverſæ ſunt ab his generationibus, quibus connectitur hæc altera conjunctio. Quamobrem abſurdè diceretur Titius agnatus defuncti in tertio gradu: nam cùm in conjunctione per maſculos inter Titium, & defunctum interceſſerint duodecim generationes, non poſſunt hæ conſtituere tres gradus, ſed neceſſe eſt, ut conſtituant duodecim gradus. Eſt quidem Titius in tertio gradu cognatus: ſed generationes, per quas cognatus conſtituitur, ſunt omninò diverſæ ab illis, per quas conſtituitur agnatus, & ideò diverſi etiam ſunt gradus.

Nec poteſt Titio prodeſſe duplex vinculum, agnationis, & cognationis: tum quia
tunc prodeſt duplex vinculum, quando 34
utrumque eſt idoneum & aptum ad tribuendum jus ſuccedendi; in caſu autem noſtro vinculum agnationis non eſt hujuſmodi: tum quia duplex vinculum non conſideratur ultrà fratrum filios, ut eſt in conſeſſo apud omnes DD. ex *authent. poſt fratres C. de leg. hæred.* Itaque ſi cum patruo concurrat alter, qui ſit ſimul patruus & avunculus, nihil illi prodeſt duplex vinculum agnationis & cognationis ad excludendum patruum, ut notat Bartol. in *l. poſt ſuos §. legitima ff. de ſuis, & legit. hæred.* & clariùs Anton. de Roſell. *de ſucceſſ. ab int. n.* 158.

Denique probatur, quia bonorum poſſeſſionem *unde legitimi* Prætor dabat ſolùm illis, qui à jure Civili vocabantur ad hæreditatem in ſecundo ordine agnatorum, ſeu

legitimorum hæredum. *l.* 2. §. *hac autem l.*
35 1. *& l.* 3. *ff. unde cogn.* Sed jus Civile nullam omninò rationem habebat cognatorum. *princ. tit. Inſtit. de SC. Tertull. l.* 1. *ff. unde cogn.* Ergò nec Prætor in dandâ bonorum poſſeſſione *unde legitimi* habet ullam rationem cognationis: alioquin ad hanc bonorum poſſeſſionem vocaret aliquem, qui à legibus non vocabatur.

His probè conſtitutis evidenter conſtat, Titium ad neutram bonorum poſſeſſionem admitti poſſe, ita ut excludat proximiorem vel æquè proximum agnatum. Jam verò, quid contrà dici poſſit, examinemus. Doctiſſimi Advocati, qui contrariæ ſententiæ patrocinium ſuſceperunt, ejus multa jaciunt fundamenta, quæ mihi oppidò videntur infirma.

Primum fundamentum,eſt hujuſmodi. Titius eſt agnatus: Titius eſt proximus defuncto, utpote conjunctus in tertio gradu:
36 ergò Titius eſt proximus agnatus. Atqui proximus agnatus, & ad legitimam ſucceſſionem à lege vocatur, & à Prætore ad bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*; *princ. tit. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* §. *ult. Inſtit. tit. de ſucceſſ. cogn. l. Juriſconſultus* 10. *in princ. ff. de grad. l.* 2. *ff. de ſuis, & legit. hared. l. pronunciatio* 195. §. 1. *ff. de V. S.* & præfertur omnibus cognatis; §. *ult. Inſtit. tit. de ſervil. cognat. l.* 1. *in princ. ff. quis ord. in*
37 *bonor. poſſ. ſervet.* & proximus eſt etiam, qui ſolus eſt. *l.* 2. §. *legitima ff. de ſuis, & legit. l.* 1. §. *proximus ff. unde cogn. l. proximus* 115. *ff. de V. S.* §. *ſi plures Inſtit. tit. de legit. agn. ſucceſſ.*

Sed facilis eſt, & prompta reſponſio. Utrumque enim falſum eſt; & quòd Titius ſit agnatus, & quòd ſit agnatus proximus.
38 Verè Titius non eſt agnatus, cùm ſit ultrà gradum ſucceſſioni præſtitutum. Agnationis enim nomen non naturale eſt, ſed civile. *l. non facile* 4. §. *cognationis l. Juriſconſultus* 10. §. *inter agnatos ff. de gradib. & affin.* §. *ult. Inſtit. tit. de legit. agnat. tut.* Conſiſtit autem agnatio in prærogativa ſucceſſionis, & tutelæ, quæ à jure Civili tribuitur illi certæ conjunctioni ſanguinis; & ſublatâ hâc prærogativâ tollitur agnatio, & ſupereſt ſola cognatio, ſeu conjunctio ſanguinis; ut evenit per capitis diminutionem. §. *ult. Inſtit. tit. de legit. agnat. tut.* Quamobrem quia 39
lex duodecim tabularum vocabat ad hæreditatem non omnes liberos, ſed ſolum ſuos hæredes; idcircò liberi, ſi non erant ſui hæredes, nec erant agnati *l. ſcripto* 6. *verſ. & alioquin ff. unde liber.* Eâdem de cauſa, quia lege Voconia fœminæ excludebantur ab hæreditate, licèt per maſculos eſſent conjunctæ, tamen non dicebantur agnatæ. *l.* 2. §. *agnati ff. de ſuis, & legit. hæ ed.* & ideò Ulpianus in definitione agnatorum ſemper excludit fœminas: ut in *fragment. tit. de tutel.* ibi: *agnati ſunt à patre cognati virilis ſexus, per virilem ſexum deſcendentes.* & in *tit. de legit. hæred.* ibi: *agnatos, id eſt, cognatos virilis ſexus, per mares deſcendentes ejuſdem familiæ.* Quibus definitionibus oſtendit, quod ſicut ad ſubſtantiam agnati requirebatur, ut eſſet maſculus, ita requirebatur ut eſſet vocatus ad ſucceſſionem. De ſubſtantia igitur agnationis eſt jus ſuccedendi. Hinc doctiores Interpretes rectè putant, olim agnatos ſucceſſiſſe in infinitum, atque 40
id ex eo merito deducunt, quod *in l.* 2. §. *agnati ff. de ſuis & legit.* agnati dicuntur, qui naſcuntur per mares in infinitum. Neque enim dici poſſent agnati, niſi haberent jus ſucceſſionis, in quo conſiſtit agnatio. Barry *de ſucceſſ. lib.* 18. *tit.* 3. *n.* 8. Forſter. *de ſucceſſ. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 1. Vinn. *ad* §. *fin. n.* 4. *de ſucceſſ. cogn.* & ibi Timæ. Faber.

Sed ne verbi controverſia nos miſerè torqueat; ſive Titius ſit verè agnatus, ſive non ſit; illud certiſſimum eſt, eum non eſſe agnatum, quoad jus ſuccedendi, cùm ſit ultrà gradum à lege præſcriptum. Itaque falſum eſt, Titium eſſe agnatum in ea ſignificatione, in qua accipitur. In hac enim enunciatione: *Titius eſt agnatus*: nomen agnati refertur ad jus ſuccedendi; alioquin ex eo aſſumpto inferri non poſſet, Titium debere ſuccedere excluſis cognatis, quemadmodum argumento illo concluditur. Falſum eſt igitur, Titium eſſe agnatum; quia non eſt ex eo genere agnatorum, qui vo-

cantur ad ſucceſſionem, ut affirmatur in ea enunciatione. Exempli gratiâ: ſi quis enunciaret, Sirium eſſe canem; & ex hoc inferret Sirium eſſe animal; negandum utique eſſet Sirium eſſe canem in ea ſignificatione, in qua accipitur ab enunciante: quoniam ex illatione conſtat, eum nomine canis non quemcumque canem in genere ſignificare voluiſſe, ſed canem animal; falſum autem, Sirium eſſe ejuſmodi canem. Ita in noſtro argumento, cum ex illatione conſtet agnati nomine ſignificari eum agnatum, qui capax eſt ſucceſſionis, utique negandum eſt, Titium eſſe agnatum: neque enim eſt ejuſmodi agnatus, cujuſmodi affirmatur in enunciatione.

Falſum igitur eſt, quod Titius ſit agnatus: falſum eſt etiam, quod ſit agnatus proximus. Nam etiamſi demus eum eſſe agnatum, tamen proximitas ei nullâ ratione
41 convenit. Non ratione agnationis, quia eſt ultrà terminum ſucceſſioni præſcriptum, & idcò non poteſt in eo conſiderari proximitas, quoad ſucceſſionem: non ratione cognationis, quia præceditur à Cajo proximiore cognato: proximus autem is eſt, quem nemo antecedit. *l. 2. §. hac hereditas & §. legitima ff. de ſuis, & legit. hæredib. l. ex duobus* 34. *in princ. ff. de vulg. & pupill. l. proximus* 92. *ff. de V. S.*

Sed demus, eſſe proximum cognatum; num idcircò erit proximus agnatus? minimè verò. Sunt hæc diverſa, eſſe proximum agnatum, & eſſe proximum cognatum. Ne-
42 que ſic rectè concluditur: Titius eſt agnatus: Titius eſt proximus: ergo Titius eſt proximus agnatus. Eſt hoc ſophiſma puerile: hiſce decipulis, ac laqueis pueros irretire ſolemus, cum intendimus eos eſſe filios canis, aut felis, quod tamen ipſis ſimili ſophiſmate non poſſumus perſuadere. Felis eſt tua: felis eſt mater: ergo felis eſt tua mater. Falſum eſt, quod infertur, quia felis eſt tua ratione dominii, non ratione maternitatis, ut ita dicam. Sic in caſu noſtro, Titius eſt proximus ratione cognationis, non ratione agnationis: & ideò non poteſt inferri, quod ſit proximus agnatus. Cicero erat Poëta: Cicero erat excellentiſſimus: ergo erat excellentiſſimus Poëta. Falſum eſt hoc, quod concluditur, quia erat excellentiſſimus in arte oratoria, non in poëticâ. Ariſtoteles erat Geometra: Ariſtoteles erat ſummus, & omnium princeps: ergo erat ſummus, & omnium princeps Geometra. Eſt hoc falſum, quia erat ſummus, & omnium princeps in Philoſophia, non in Geometria. Quæ verè enunciantur de uno, falsò enunciantur de alio: & ideo, ſi ab uno ad alium transferas, fit falſum enunciatum. De Oratore verè enunciatur, quod fuerit excellentiſſimus: ſi id transferas ad Poëtam, eſt omninò falſum. Quod Ariſtoteles fuerit ſummus ac princeps omnium, jure enunciatur de Ariſtotele, quatenus erat philoſophus, non quatenus erat Geometra. Eodem modo, quod Titius ſit proximus, verè enunciatur de Titio, quatenus eſt cognatus, non quatenus eſt agnatus. Ideò falſum eſt, Titium eſſe agnatum proximum.

Non ignoro tamen, in fideicommiſſis
ferè communiter receptum fuiſſe, proximi- 43
tatem deſumi poſſe etiam à cognatione, quando vocati fuerint à teſtatore agnati proximi in infinitum. Miror equidem, hùc impegiſſe ſummos viros, tam futili argumento deceptos. Magis tamen mirarer, ſi quis ſententiam, tam infirmo fundamento innixam, vellet extendere ad ſucceſſiones ab inteſtato: maximè cum hac in re ſit omninò diſſimilis ſucceſſio teſtamentaria à ſucceſſione ab inteſtato.

Primùm enim in ſucceſſione ab inteſtato certi ordines ſuccedendi à lege præſcripti fuerunt, inter ſe diſtincti, ac ſeparati, ita ut exiſtente aliquâ perſonâ ordinis antecedentis non poſſit conſiderari ſubſequens ordo, & ille in perpetuum à ſucceſſione excludatur. Quapropter leges nullam ratio- 44
nem ejus haberi voluerunt, & alterum cum altero confundi, & commiſceri prohibuerunt, ut ſuprà copiosè demonſtravimus. Abſurdum autem eſt, contra notiſſima juris principia, legumque ſanctionem producere velle ad conſequentia opinionem, quæ ſupinâ D D. oſcitantiâ,

vel conſulentium avaritiâ increbuit.

Secundo loco animadvertendum eſt, quod in fideicommiſſis, in quibus vocantur agnati in infinitum, qui mutuatur proximitatem à cognatione, ex voluntate teſtatoris eſt agnatus, & eſt ex numero vocato-
45 rum ad ſucceſſionem: & ideò habet jus ſuccedendi, & eſt capax ſucceſſionis, ſolaque proximitas ipſi deeſt ad alios excludendos: ideòque non eſt adeo abſurdum, eum uti proximitate adſcitâ à cognatione. At in caſu noſtro, in quo Titius non habet jus ſuccedendi, tamquam agnatus, quia non eſt ex numero vocatorum, præter proximitatem debet mutuari etiam jus capiendæ hæreditatis. Abhorret autem à jure, ut cognatio præſtet jus ſuccedendi inter agnatos: maximè quia ne quidem inter cognatos admitti poteſt ad ſucceſſionem. Quàm abſurdum igitur eſt, ut, qui ratione cognationis non admittitur ad ſucceſſionem inter cognatos, ab ea cognatione mutuetur non ſolum proximitatem, ſed etiam jus ſuccedendi inter agnatos?

Argumentum deductum à fideicommiſſis fortaſſe vim aliquam habere poſſet, ſi Titius eſſet agnatus intra gradum præſcriptum ſucceſſioni agnatorum: ſed cùm nullum ha-
46 beat jus ſucceſſionis, tamquam agnatus; imò agnatio in eo vel nulla ſit, vel intermortua, non poteſt ope cognationis reviviſcere. Si arbori aridæ ſurculum inſeras, non germinabit, nec fructum ferre poterit: ut germinet, ut fructum ferat, neceſſe eſt ut arbori viridi inſeratur. Si vivum corpus mortuo jungas, ipſum quoque morietur. Sic Mezentius infando ſupplicio miſeros afficiebat, &, ut ait Virg. *lib.* 8. *Æneid.*

Complexu in miſero longa ſic morte necabat.

Alterum fundamentum eſt, quod Titius naſcitur ex fœmina agnata, nupta in familia, quæ continuat, & propagat agnationem in poſteros: ac proindè, cum per matrem defuncto jungatur in tertio gradu, erit in tertio gradu agnationis; & idcircò erit proximus agnatus ratione agnationis, quam
47 ipſi mater impertit. Licèt enim per fœminam conſtituatur cognatio, & à matre cognatio oriri ſoleat, non agnatio; §. *ſunt autem Inſtit. tit. de legit. agnat. tut.* tamen quando fœmina nubit in familia, conſervat agnationem in liberis, ut non pauci ex pragmaticis arbitrantur: quia tunc non transfertur in alienam familiam per nuptias, nec tranſit in familiam viri, ſicut quando nubit extraneo. *l. falſus §. Julianus ff. quod falſ. tut. l. quicumque* 10. & ibi Bartol. *C. de re milit.*

Reſpondetur, falſa eſſe omnia, quæ aſſumuntur. Primùm falſum eſt, mulierem per nuptias transferri in familiam viri. Nam mulier, etiamſi nupta ſit extrà familiam, 48
tamen retinet originem, & familiam patris: *l. pater* 8. *ff. de collat. dot.* nec deſinit eſſe agnata, ut eſt in confeſſo apud omnes: *l.* 3. *C. de legit. hæred.* imò nec deſinit eſſe in poteſtate patris, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de agnoſc. liber. l.* 2. *§.* 1. *l. quoties.* 29. *ff. ſolut. matrim. l. filiæ licet.* 12. *C. de collat. § poſteà Inſt. tit. de SC. Tertull. l.* 1. *§. ult. & l.* 2. *ff. de liber. exhib. l. patri.* 20. *ff. ad leg. Jul. de adulter. l. nec inter* 4. *C. de don. int. vir. & uxor.* & ideò eſt ſua hæres patri, *l. pen. in princ. verſ. cui enim C. de legit. hæred. l. ult. ff. de dot. collat.* & ſuccedit ſimul cum aliis filiis. *l.* 3. *l. filiæ licet C. de collat. l.* 1. *& ult. ff. de dot. collat. l. ult. ff. de ſuis, & legit. hæred. l.* 1. *C. de legit. hæred. l.* 3. *C. eod.* Nuptiæ enim non pariunt cognationem, ſed affinitatem: *l. non facile §. ſed quoniam* 12. *fin. ff. de grad. & affin.* & ideo non poteſt mulier in familiam viri per nuptias transferri, fierique ejus agnata; ſed ſolum affinis. *l. quod Servius* 8. *ff. de condict. cauſ. dat.*

Prætereà falſum eſt, ideo mulierem non conſervare ſuam agnationem in filiis, quia per nuptias in familiam viri tranſeat. Hoc enim admiſſo, illud etiam eſſet admittendum, quod filii vulgò quæſiti ſint agnati ſuæ matris; & quod fratres vulgò quæſiti ſint agnati inter ſe, quia eorum mater nullis contractis nuptiis in alienam familiam non tranſiit. Utrumque tamen falſum eſt. Nam filius etiam vulgò quæſitus eſt cognatus matri ſuæ: *§. vulgò quæſitos Inſtit. de ſucceſſ. cogn. l.* 4. *§. cognationis ff. de grad. & affin. l.* 2.

Digitized by Google

ff. unde cogn. & fratres vulgò quæſiti ſunt inter ſe cognati. *d.* §. *vulgò quæſitos Inſtit. de ſucceſſ. cogn. & d. l.* 2. *ff. unde cogn.*

49 Veriſſima igitur ratio, cur mater numquam continuet, nec propaget agnationem ſuam in liberos, eſt, quia mater ſemper eſt fœmina. Leges enim diſtinxerunt conjunctionem per fœminas à conjunctione per maſculos: hanc vocarunt agnationem: illam cognationem. Non magis igitur fieri poteſt, ut mater filiis agnationem impertiatur,
50 quam ut mater non ſit fœmina. A patre igitur, non à matre, agnationis jura oriuntur: *l. ſi ſpurium* 4. *ff. unde cogn.* & filii patris, non matris familiam ſequuntur. *l. familiæ* §. *ult. ff. de V. S. l. cum legitimæ ff. de ſtat. hom.*

Ex his ſequitur, falſum quoque eſſe, quod mulier nupta in familia continuet, ac propaget ſuam agnationem in liberos. Etenim cum filii ſint ſemper cognati matris ſuæ, *princ. tit. Inſtit. de SC. Tertull.* non poteſt continuari agnatio, quæ per hanc cognationem ſtatim interrumpitur. Nam ſi filius ipſe matri cognatus eſt, non poteſt eſſe agnatus illis, quibus per eamdem matrem
51 conjungitur: hoc enim ipſo, quod per fœminam conjungitur, cognatus eſt. §. 1. *Inſtit. tit. de legit. agn. ſucceſſ.* §. 1. *Inſt. tit. de legit. agnat. tut. l. Juriſconſultus* §. *cognati ff. de grad. & affin. l.* 2. §. 1. *ff. de ſuis & legit. l. ſunt autem ff. de legit. tutor.* Nec uſquam in jure noſtro ab hac regula excipiuntur conjuncti per fœminam nuptam in familia.

Neque quiſquam putet, hanc exceptionem omiſſam fuiſſe, quod rarò eveniret fœminam in familia nubere: cum imò hujuſ-
52 modi nuptiæ quotidiè contraherentur, earumque ſæpe numerò mentio fiat in jure noſtro. *l. Paulo Callimacho* 27. *ff. de legat.* 3. *l. ſi nepotem* 3. *ff. de rit. nupt. l. non ſolum* 67. §. 1. *ff. eod. l. Lucius* 78. §. *filiam ff. ad SC. Trebell. l. celebrandis* 19. *C. de nupt. l. uter* 23. *ff. de cond. inſtit.* Ulpian. *in fragm. tit.* 5. *de his qui ſunt in poteſt.* Nam jure Romanorum nuptiæ non prohibebantur inter tranſverſales, niſi inter fratres, & ſorores: itaque patruelem licebat uxorem ducere: §. *inter eas*, & §. *duorum Inſtit. tit. de nuptiis*: qua de re factum fuit plebiſcitum teſte Plutarcho in *Quæſtion. Roman.* Imò SC. Claudiano permiſſum fuit etiam fratris filiam uxorem ducere: itaque Claudius Agrippinam, Domitianus Juliam, Heraclius Marcianam, fratrum filias, uxores duxerunt. Ulp. *in fragm. tit.* 5. Tacit. *lib.* 12. *annal.* Suet. *in vita Claudii cap.* 26. Filii igitur ex his nuptiis progeniti erant matrum ſuarum & patrueles, & filii: hoc eſt & agnati, & cognati. Agnati per patrem in quarto gradu: cognati per ipſam matrem in primo gradu. Sic in caſu noſtro Titius eſt defuncti cognatus, & agnatus: cognatus in tertio gradu per matrem: agnatus ultra decimum per patrem. Item & matris ſuæ cognatus eſt, & agnatus, cognatus in primo gradu tamquam filius, agnatus per patrem ultrà decimum: cum enim ejus pater ſit agnatus uxoris ſuæ, ipſe quoque per patrem ſit ejuſdem agnatus, ſed uno gradu remotior propter additam generationem.

CAPUT XIV.

Ad l. hujuſmodi 84. §. *qui ſervum ff. de legat.* 1.

SUMMARIUM.

1 *Dolus, dans cauſam contractui bonæ fidei, reddit ipſo jure nullum.*
2 *Secus in contractu ſtricti juris.*
3 *Exceptio comparata eſt ad elidendam actionem. Non habet locum exceptio, ubi nulla eſt actio. & nn. ſeqq.*
4 *Non eſt actio ex contractu ſine obligatione.*
5 *Non teneri* ipſo jure: & ope exceptionis *ſunt oppoſita.*
6 *Ineſt exceptio in contractibus bonæ fidei.*
8 *Exceptio doli datur etiam, cum dolus non eſt admiſſus in contrahendo, ſi quis petat id, quod præſtari æquum non eſt. &* 18.
9 *Ineſſe dicitur exceptio, quando actio non datur. & probatur nn. ſeqq.*
11 *Maritus faciens impenſas in res dotales ipſo jure liberatur.*
12 *Impenſæ minuunt dotem ipſo jure.*
13 *Contractus, qui conſenſu conſtant, contrario conſenſu diſſolvuntur, & nn. ſeqq.*
16 *Exceptio aliquando pactum ſignificat.*

17 *Excipere, & recipere quid?*
19 *Petitio hæreditatis eſt actio bonæ fidei.*
20 *Pacta neque pariunt actionem, neque ipſam tollunt.*
21 *Pacta ineſſe contractibus, quid?*
22 *Actiones invicem concurrentes quomodo conſumantur?*
24 *Opponuntur inter ſe fieri aliquid* ipſo jure: *&* jure Prætorio. *& quare.*
25 *Ipſo jure fieri quid.*
26 *Cur contractus bonæ fidei ſint ipſo jure nulli, cùm in eis inſunt exceptiones.*
27 *Explicatur ordo veterum judiciorum: & quæ eſſent Prætoris partes.*
28 *In jure diſceptari dicebantur, quæ diſceptabantur apud Prætorem: & quæ hæc eſſent.*
29 *Tam actio, quàm exceptio, in jure petebatur à Prætore, & apud eum de utraque diſceptabatur.*
30 *In ſtrictis judiciis exceptio omninò à Prætore impetranda.*
31 *Cur exceptio dicatur conditio,*
32 *Cur exceptio eſſet initio conteſtanda.*
33 *In bonæ fidei judiciis neceſſe non erat exceptionem à Prætore poſtulare: & quare.*
34 *Cur contractus bonæ fidei eſſent nulli.*
35 *Prætor in his aliquando actionem denegabat.*
37 *Quæ juris ſunt, Judex ſupplere debet; non quæ ſunt facti.*
38 *Compenſatio opponi debet & probari apud Judicem, licèt minuat ipſo jure obligationem.*
39 *Cur eſſet nullus contractus, etiamſi à debitore probanda eſſet exceptio.*
40 *Proponitur aliud argumentum.*
41 *Sine conſenſu quilibet contractus eſt nullus.*
42 *Actus, cui lex reſiſtit, eſt ipſo jure nullus, etiamſi nihil deſit ejus ſubſtantiæ.*
43 *Cur in contractibus bonæ fidei dolus impediat conſenſum: non in contractibus ſtrictis.*
44 *In ſtrictis contractibus ſolum ſpectamus id, quod linguâ nuncupatum eſt.*
45 *Conditiones de præſenti, ſi falſæ ſint, ſtatim perimunt obligationem.*
46 *Quod in ſtipulationibus efficit expreſſa conventio, id in contractibus bonæ fidei efficit officium Judicis.*

1 CONſtat ferè inter omnes, contractum
bonæ fidei, cui dolus cauſam dedit,
ipſo jure non valere; *l. & eleganter 7. in
princ. verſ. aut nullam ff. de dol. mal. l. in*
2 *cauſa 16. ff. de minor. l. 3. §. ult. ff. pro ſoc.*
contrà contractus ſtricti juris valere ipſo jure,
& actionem producere, ſed eam elidi,
atque infringi exceptione doli mali. *l. 5. C.
de inut. ſtipul.* Et hoc eſſe præcipuum diſcrimen
inter hæc duo genera contractuum fatentur
plerique omnes, & quamvis multa
ſint argumenta, quibus probari poteſt, etiam
bonæ fidei contractus ipſo jure ſubſiſtere, tamen
ea accuratè refutantur ab Interpretibus
noſtris. Illud unum, quod ipſi leviter attingunt,
fortaſsè quia parvi pendunt, nos perpendere
conſtituimus, & explicare diligenter.

Quotieſcumque datur exceptio, contractus
ipſo jure valet: ſed in contractibus bonæ
fidei, dolo initis, datur exceptio: ergo valent
ipſo jure. Prima propoſitio certa eſt.
Nam exceptio datur ad elidendam actionem, 3
& opponitur actioni ex contractu proficiſcenti.
*l. 2. in princ. ff. de exception. princ. tit.
Inſt. de except. l. 1. §. ult. ff. de interrog. in
jure faciend.* Non poteſt autem eſſe actio, 4
ubi nullus eſt contractus, nulla obligatio,
ex qua oriatur. *l. actionum 25. in princ. verſ.
in perſonam ff. de oblig. & action. §. omnium
Inſtit. tit. de act.* igitur nec dari poteſt exceptio,
quia non poteſt elidi, atque infringi
actio, quæ non eſt. Itaque per exceptionem
adjuvatur ille, qui ſtricto jure eſt obligatus.
l. ſi quis duobus 30. ff. de conſt. pecun. nam
qui ſtricto jure non eſt obligatus, exceptione
non indiget, cùm non poſſit conveniri. Prop- 5
tereà opponuntur hæc inter ſe: ipſo jure non
teneri: & defendi per exceptionem. *l. qui
ſervum §. ſi is cui ff. de oblig. & action. l.
cum quis 38. §. 1. verſ. & ideo. & l. qui decem,
in princ. ff. de ſolut. l. nec ex Prætorio
ff. de reg. jur.*

Quod autem in contractibus bonæ fidei 6
detur exceptio, probatur, quia tum aliæ exceptiones,
tum exceptio doli, ineſſe dicuntur
in bonæ fidei judiciis. *l. hujuſmodi 84. §.
qui ſervum ff. de legat. 1. l. 3. ff. de reſcind.
vendit. l. ſed etſi 21. ff. ſolut. matrim. l. juris
Gentium 7. §. adeo ff. de pact.* Tenetur igitur
contrahens ipſo jure, ſed adjuvatur per exceptionem.

Reſpondere ſolent: id eſſe intelligendum
de exceptione doli, quæ oritur ex dolo incidente
in contractum, cùm ille, qui ſua
ſpontè contrahit, in contrahendo decipitur,
veluti ſi rem pluris emat, quàm fuiſſet empturus.
Etenim contractus valet, quia dolus
non dedit cauſam contractui, nec dolo adductus

ductus eſt ad contrahendum : ac proindè opus eſt exceptione ad purgandum dolum decipientis.

Sed hæc reſponſio vix poteſt convenire noſtræ *l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum ff. de legat.* 1. ubi legatarius, ignorans ſibi fuiſſe
7 ſervum legatum, eum emit ab hærede. Certè hic dolo hæredis adductus eſt ad emendum : neque enim fuiſſet empturus, ſi ſciviſſet ſervum illum ſibi legatum fuiſſe. Et quamquam reſponderi poſſit, hæredem quoque ignoraſſe ſervum fuiſſe legatum, adeoque nullum hæredis dolum in venditione interveniſſe;
8 ſed doli exceptione nihilominus repelli, quia dolo facit, cum ex vendito agit ad pretium, quod ei ex æquitate præſtandum non eſt ; *l.* 2. §. *circa, &* §. *item, & duobus ſeqq. ff. de dol. mal. except.* (Exemplum peti poteſt ex *l. ſi quis cum aliter* 36. *ff. de V. O. ex l. ſed etſi ideo* 21. *ff. ſolut. matrim.*) tamen dura eſt hæc interpretatio, nec probabile eſt id hæredem ignoraſſe ; minuſque probabile, ibi de hoc ſolo hærede agi : præſertim quia ibi affertur ratio propria judiciorum bonæ fidei, cùm tamen eo caſu idem dicendum ſit in ſtrictis judiciis. *d. l. ſi quis cùm aliter* 36. *ff. de V. O.*

Exiſtimo ego hac ipſa de cauſa contractus bonæ fidei ipſo jure non valere, ſi dolus eis cauſam dederit, quia exceptio doli ineſt bo-
9 næ fidei judiciis. Ineſſe enim exceptio dicitur, quia à Prætore non datur : nec ulla opus eſt ejus autoritate ad infirmandam actionem, & enervandas vires contractûs, ſed actio ipſa ſuapte naturâ evaneſcit, & contractus ſua ſponte corruit.

Probatur id ex *l. ſed etſi* 21. *ff. ſolut. matrim.* Ait ibi J C. quod, ſi maritus pro uxore impenderit, quantum ab ea dotis nomine
10 accepit, actio dotis evaneſcit. Quid ita ? quia, cùm doli exceptio inſit de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, poteſt dici ineſſe hunc ſumptum actioni de dote, maxi-
11 mè ſi ex ejus voluntate factus ſit. Non eſt dubitandum, hoc caſu maritum ipſo jure liberatum eſſe : nam compenſatio etiam olim, non ſolum hodie, minuebat actionem ipſo jure in bonæ fidei judiciis. §. *in bonæ fidei Inſt. tit. de action. l. poſteaquam* 21. *ff. de compenſat. l. ſi conſtat* 4. *C. eod.* Et neceſſariæ im-
penſæ ipſo jure dotem minuunt. *l. cùm quis* 12
uxori. in princ. ff. de dot. præleg. Itaque rectè Juriſconſultus ait, evaneſcere actionem de dote in *d. l. ſed etſi.* Ratio autem, cur evaneſcat actio, ea eſt, quia exceptio doli ineſt bonæ fidei judiciis. Ergo exceptio judicio ineſſe dicitur, cum actio evanuit, cum reus ipſo jure non tenetur. Idem igitur dicendum eſt in caſu noſtro : cum dolus dedit cauſam contractui, ideo contrahens ipſo jure non tenetur, quia exceptio doli ineſt bonæ fidei judiciis.

Confirmatur ex *l.* 3. *ff. de reſcind. vendit.* Poſt contractam emptionem contrahentes contrario conſenſu ab emptione diſceſſerant. Reſpondit Julianus, reſolutam eſſe venditionem, & ex empto agi non poſſe, quia bonæ fidei judicio exceptiones pacti inſunt. Ergò ineſſe dicitur exceptio, quando agi non poteſt : quando actio nulla eſt, & ipſo jure non tenetur, qui contraxit. Quod autem ipſo jure
non teneantur emptor, & venditor, certum 13
eſt tum ex ipſa *l.* 3. tum quia ſatis conſtat, contractus, qui ſolo conſenſu celebrantur, contrario conſenſu diſſolvi §. *ult. Inſt. quib. mod. tollit. oblig. l. juris Gentium* 7. § *adeo ff. de pact. l.* 2. *&* 5. §. 1. *ff. de reſcind. vend.* Atque ita diſſolvuntur, ut infecti fiant, nullumque eorum veſtigium ſuperſit, quaſi non præceſſiſſent. *d. l.* 2. *ff. de reſcind. vend.* ibi : *poteſt enim conventione noſtrâ infecta fieri emptio* ; & paulò poſt : *quaſi nulla emptio præ-*
ceſſerit. Et hoc eſt, quod ait Pomponius in 14
l. nec ex Prætorio ff. de reg. jur. Obligationum cauſas immutari poſſe vel ipſo jure, vel per pacti conventi exceptionem. Ipſo jure immutantur in his contractibus : in aliis ope exceptionis. Licet igitur contractus ſit ipſo jure diſſolutus, & pro infecto habeatur, tamen dicitur ineſſe exceptio : imò ideo dicitur nullus, & quaſi infectus contractus, quia ineſt exceptio bonæ fidei judicio.

Similis eſt text. in *l. juris Gentium* 7. §. *adeo ff. de pact.* unde conſtat, *quod exceptiones adeò inſunt bonæ fidei judiciis, ut conſtet, in emptione aliiſqu. bonæ fidei judiciis, re non-*

Digitized by Google

dum ſecutâ, abiri poſſe ab emptione, eamque diſſolvi : ſed in hac lege non conſiſto. Veriſ-
15 ſimum enim eſt, quod Viris doctiſſimis placet, in ea non agi de exceptionibus judicialibus, ſed de pactis, quæ inſunt bonæ fidei judiciis. *Exceptiones* poſtea factæ, hoc eſt, *pactiones* poſtea factæ. Sententia enim ejus legis hæc eſt ; pactiones, poſtea factas, adeo ineſſe bonæ fidei judiciis, ut non ſolum liceat aliquid excipere, & cavere ne comprehendatur, & pro parte ab emptione recedere, ſed etiam ut liceat abire in totum; quæ ſententia pluribus verbis in eo §. explicatur, & in *l. ſed Celſus 6. §. ult. ff. de contrah. empt. & in l. pacta conventa. in princ. ff. eod.* Non tamen aſſentior maximis Viris, Cujacio, & Antonio Fabro : quorum alter in *lib. 2. obſerv. cap. 15.* emendat *depectiones* ; alter in ſuis *Rational.* legit *pactiones.* Neque enim neceſſe eſt quicquam mutare, & erit dictio multò elegantior, ſi nihil immutemus.

16 Exceptio eſt pactum, quo inter contrahentes convenit, ut aliquid obligatione non contineatur ; ſeu quo aliquid excipiunt, & nolunt pervenire ad eum, cum quo contrahunt, & ad quem pertineret, ſi non fuiſſet exceptum. Sic uſurpatur in hac *l. 7. §. adeò ff. de pact.* & in *l. pacta conventa 72. §. 1. ff. de contrah. empt. l. quæro 39. circa fin. ff. de action. empt.* Flac. *de condit. agror. Privata itaque via ad finitiones agrorum non pertinent, ſed ad itinera eis præſtanda, quæ ſub exceptione nominari in emptionibus agrorum ſolent.*

17 Excipere enim ſignificat paciſci, & cavere, ut eximatur aliquid à contractu, & obligatione, ne ad emptorem, aut alium perveniat, ad quem ex vi contractûs fuiſſet perventurum *l. qui uſumfructum 36. §. ſtipulatus ff. de uſufr. l. 2. §. apud Julianum ff. de hered. vel act. vend. l. fundi 17. §. ſi ruta ff. de action. empt. l. 3. ff. de evictiion. l. qui duo 30. ff. de ſervit. ruſt. præd. l. ſi venditor ff. de religioſ. l. in lege ff. de contr. emption. l. Julianus* §. *penult. ff. de action. empt. l. qui quatuor* 30. §. *ſi fundum ff. de legat.* 3. Varro *de re ruſtic. In emptionibus eo jure utimur, quod lex præſcripſit : alii enim plura, alii pauciora excipiunt.* Idem quoque dicebant *recipere*, quaſi *retinere*, & non tranſmittere ad eum, ad quem fuiſſet perventurum, ut explicat Gell. *lib. 17. cap. 6. l. qui libertatis 69. §. ſed etſi quis ff. de evict. l. quicquid 10. ff. commun. præd. l. qui fundum. §. fundi. & §. cùm fundum ff. de contrah. empt. l. ſi mercedem. §. ult. ff. de action. empt. l. Seja 42. in princ. ff. de donat. cauſ. mort. l. qui fundum 205. ff. de verb. ſign.* Recipere enim, & excipere idem ſignificant, ut conſtat ex *l. qui duo 30. ff. de ſervit. ruſt. præd.* & ex Gell. *d. lib. 17. cap. 6. circa medium.* Plaut. in *Trinum.*

Poſticulum hoc recepit, cum ædes vendidit.

Cic. *de orator. lib. 1. Sed dicet te, cùm ædes paternas venderes, ne in rutis quidem, & cæſis ſolium paternum recepiſſe.* Simile eſt, quod ait id. Cic. *in Topic.* Itaque pactio illa, quæ in hac *l. 7.* dicitur *exceptio*, dicitur *receptio* in *l. quicquid 10. ff. commun. prædior.*

Ad rem redeamus. Marcus Imperator conſtituit, ut in ſtrictis judiciis compenſatio admitteretur oppoſitâ doli mali exceptione : §. *in bonæ fidei. Inſtit. tit. de action.* quia dolo 18
facit, qui petit id, quod redditurus eſt. *l. in condemnatione 173. §. ult. ff. de regul. jur. l. dolo facit. 8. ff. de dol. mal. exc. l. qui non militabat 78. in princ. ff. de hæred. inſtit.* At verò in judiciis bonæ fidei compenſatio ipſo jure minuebat actionem : *l. 4. & l. poſteaquam 21. ff. de compenſat. l. ſi conſtat. 4. C. eod.* ea de cauſa, quia in judiciis bonæ fidei Judex ex bono, & æquo æſtimandi poteſtatem habet, ut ait Legiſlator noſter Juſtinianus in §. *in bonæ fidei. Inſtit. tit. de action.* hoc eſt, quia exceptiones inſunt in bonæ fidei judiciis : hæc enim duo in idem recidunt, ut infrà dicemus. Igitur actio, quæ in ſtrictis judiciis eluditur ope exceptionis doli, in judiciis bonæ fidei ipſo jure minuitur, & evaneſcit : & ideò evaneſcit ipſo jure, quia in his exceptiones inſunt : ergò ineſſe dicuntur exceptiones, quia reus ipſo jure non tenetur, & nullâ opus eſt exceptione, ſed actio ſuâ ſponte labitur.

Confirmatur id ſatis evidenter, quia cùm 19
petitio hæreditatis ſit actio bonæ fidei. *l. ult.*

Digitized by Google

in fin. C. de petit. hæredit. §. *actionum* 28. *in fin. Inſtit. tit. de action.* nullâ opus eſt exceptione doli ad liberandum reum, ſed ipſo jure, & officio Judicis tutus eſt. *l. planè. verſ. nam nec exceptio. l. ult. in fin. ff. de petit. hæredit.* Et tamen negari non poteſt, in hoc judicio ineſſe doli exceptionem, cùm exceptiones inſint in omnibus bonæ fidei judiciis. *l. ſed etſi ideò* 21. *ff. ſolut. matr. l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum ff. de legat.* 1.

Sic etiam, licèt nuda pacta non pariant obligationem, & actionem, *l.* 7. §. *quin imò ff. de pact. l. legem C. eod. l. ſolent.* 15. *ff. de*
20 *præſcript. verb.* eamdemque ipſo jure non tollant, ſed ſolum pariant exceptionem, quâ actio eliditur, §. *prætereà Inſt. tit. de except. l. juris Gentium* 7. §. *ſed cum nulla ff. de pact. l. ſi unus* § *ſi cum decem ff. eod.* tamen pacta incontinenti adjecta inſunt bonæ fidei contractibus, & judiciis; & quando inſunt, non
21 amplius proſunt ope exceptionis, ſed formant ipſam actionem, eamque aut minuunt, aut amplificant; & proſunt ipſo jure. *l.* 7. §. *quin imò ff. de pact. l. pacta conventa* 74. *in princ. ff. de contrah. empt. l. lecta. verſ. dicebam ff. de reb. cred. l.* 4. *l. emptori* 37. *l. ſi dictum* 56. *ff. de eviction. l. cum dotem* 10. *C. de jure dot. l. in bona fidei* 13. *l. petens* 27. *C. de pact. l.* 5. *& l. penult. C. de pact. int. empt.* Quemadmodum autem pacta, ſic & exceptiones ineſſe dicuntur bonæ fidei judiciis, cùm ipſo jure tollunt, aut minuunt actionem, nec opus eſt exceptione ad repellendum actorem. Imò etiam pacta ex intervallo adjecta, ſi detrahant aliquid contractui, dicuntur contineri contractu, hoc eſt, ineſſe contractui. *l. pacta conventa* 72. *in princ. ff. de contr. empt.* ſed ea ſolum pacta inſunt, quæ legem contractui dant, & formant ipſam actionem. *l.* 7. §. *quin imò ff. de pact.* Ergò hæc pacta etiam ex intervallo adjecta formant actionem, eamque minuunt ipſo jure. Atqui certum eſt, pacta ex intervallo adjecta non eſſe partem contractus, & ſolum parere exceptionem, ut modò diximus: ergò exceptiones ineſſe judiciis, & ipſo jure liberatum eſſe debitorem, & diminutam aut extinctam actionem, idem ſignificant.

Adde, quod in incurſu plurium actionum altera alteram ipſo jure tollat, cùm ea, quæ tollitur, eſt bonæ fidei: cum verò eſt ſtricta, tollitur per exceptionem; *l. prædia* 28. *ff. de* 22
action. empt. l. qui ſervum 34. §. *ſi is cui rem, ff. de oblig. & act. l. ſi is cui* 71. *ff. de furt.* non alia de cauſa, niſi quia exceptiones inſunt bonæ fidei judiciis.

Quapropter animadvertendum eſt, in noſtra *l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum ff. de legat.* 1. non repelli actorem exceptione doli mali, ſed reum abſolvi actione ex vendito: hoc eſt, venditorem recedere debere à ſua 23
actione, & emptorem dimittere. *l. ſi ex duabus.* §. 1. *ff. judic. ſolvi. l. fullo* 90. *in princ. ff. de furt. l. quid enim* 14. *ff. de dolo mal.*

Demonſtravimus, ut arbitror, ſatis perſpicuè ſententiam noſtram: nunc eſt explicandum, quâ ratione id poſſit evenire. Op- 24
ponuntur hæc duo inter ſe, liberari aliquem, aut aliquid conſtitui *ipſo jure*, & *jure Prætorio l.* 1. §. *ult. ff. de ſuperfic. l.* 1. §. *idem Pomponius ff. quod falſo tutor. l.* 1. *quib. mod. uſusfruct. amitt. l. ſi uſusfructus.* §. 1. *ff. uſusfruct. quemadm. cav.* Etenim ipſo jure fieri dicitur, quod fit jure Civili, & jus Civile opponitur hac in re juri Prætorio: §. 1. *& ſeqq. Inſtit. de exception.* & quamvis jus Prætorium ſit pars juris Civilis, §. *Prætorum Inſtit. tit. de jure Nat. Gent. & Civ.* tamen emphaticè jus Civile dicebatur ipſum jus, jus merum, jus ſtrictum, jus ſolemne. *l. in cauſa ff. de minor. l. penult. ff. de conſtit. pecun. l. nec ex Prætorio ff. de reg. jur.* Quam- 25
obrem cùm dicimus contractus bonæ fidei ipſo jure non valere, ipſo jure tolli, aut minui actionem; id ſignificamus, hoc totum fieri operâ, atque autoritate juris Civilis, & ceſſare partes Prætoris, nec ejus auxilio opus eſſe. *l. in cauſa* 16. *in princ. & in* §. 1. *ff. de minor.* Hoc ipſum uſu venit in contractibus bonæ fidei. Contractus, & actiones conſtituuntur bonæ fidei ab ipſo jure
Civili. *l. ult. in fin. C. de petition. hæredit.* §. 26
actionum. in fin. cum §. *ſeq. Inſt. tit. de action.* De natura horum contractuum, & actionum eſt, ut in eis inſint exceptiones, hoc eſt, ut

Digitized by Google

non egeant auxilio Prætorio, unde extrinſecus adveniunt exceptiones ad eos infirmandos, à Prætore conceſſæ. *l. planè, & l. ult. ff. de petit. hered.* Hanc autem naturam à jure Civili acceperunt: igitur ipſo jure non valent, ipſo jure tolluntur; hoc eſt jure Civili. Si neceſſaria eſſet Prætoris autoritas, & exceptio à Prætore data, ut infirmarentur, utique eliderentur & infirmarentur jure Prætorio, & ope exceptionis: ſed cùm neque Prætoris autoritate ſit opus, neque ulla exceptione, utique nulli ſunt ipſo jure, & ex ſua ipſorum natura, quam à jure Civili acceperunt.

Sed hæc altius repetenda ſunt, & uberius explicanda. Olim Romæ Prætor cauſas privatas non judicabat, ſed Judices petentibus dabat, dabat actiones, dabat exceptiones.
27 Itaque litigatores primum omnium à Prætore poſtulare debebant Judicem, actionem, & exceptionem; ac proindè apud Prætorem diſceptabatur non quidem de controverſia, ſed an is, qui petebat, agere poſſet; an ejus generis actio, an eo tempore, quo petebat, ei tribuenda eſſet; & rurſus an reo danda eſſet exceptio, quam adverſus actorem poſtulabat: & hæc in jure diſceptari dicebantur,
28 nempè apud Prætorem. *l. jus pluribus. in fin. ff. de juſtit. & jur. l. 4. §. ult. ff. de interrog. in jur. facien. l. ſi feriatis 6. in fin. ff. de feriis. l. 1. §. poſtulare & §. ait Prætor. ff. de poſtul.* Plaut. *in Menechm. ſeu in jure, ſeu ad Judicem res eſt.* Cornif. *ad Heren. lib. 6. Ex tranſlatione controverſia naſcitur, cum aut tempus differendum, aut accuſatorem mutandum, aut Judices mutandos reus dicit: hac parte conſtitutionis Græci in judiciis, nos in jure Civili plerumque utimur.* & infrà: *Quæritur in tranſlationibus primùm, num aliquis ejus rei actionem, aut petitionem, aut poſſeſſionem, aut perſecutionem habeat, quam non oporteat: num alio modo, tempore, loco, num alia lege, num alio quærente, aut agente.* Cicer. *lib. 2. de invent. Atque in noſtra quidem conſuetudine multis de cauſis fit, ut rarius incidant tranſlationes: nam & prætoriis exceptionibus multa excluduntur actiones, & ita jus Civile habemus conſtitutum, ut cauſâ cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quare in jure plerumque verſantur: ibi enim & exceptiones poſtulantur, & quodammodo agendi poteſtas datur, & omnis conceptio privatorum judiciorum conſtituitur.* Idem *in partition. Atque etiam ante judicium de conſtituendo ipſo judicio ſolet eſſe contentio, cum, aut ſitne actio illi, qui agit, aut jamne ſit, aut num jam eſſe deſierit, aut illâne lege hiſne verbis ſit actio, quæritur. Quæ etiamſi, antequam res in judicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta non ſunt, tamen in ipſis judiciis permagnum ſæpè habent pondus,*&c. Cicer. *de invent. lib. 2. Poſtulat is, quo cum agitur, à Prætore exceptionem.* Id. *in Lucull. Poſtulat, ut excipiantur hæc inexplicabilia. Tribunum aliquem, cenſeo, adeant: à me iſtam exceptionem numquam impetrabunt.* Victorius in *Cicer. de invent. Apud Prætorem, cum litis ipſius forma componeretur, ibi partes, aut excipiebant, aut ſimplicem actionem accipiebant. Undè in ipſo jure, hoc eſt, apud Prætorem tractabatur exceptio.* Qui volet exempla hujus diſceptationis, adeat Ciceronem *lib. 2. de invent. & l. 1. de orator.* Igitur, & actio, & exceptio poſtulabatur à Prætore, & an utraque danda eſſet, apud eum diſceptabatur. Hinc toties in jure noſtro traditum eſt, à Prætore cauſâ cognitâ actionem dari. *l. item ſi eum 14. §. 1. ff. quod met. cauſ. l. ait Prætor. 10. ff. quæ in fraud. credit. l. ſi quis affirmavit 9.* alias *l. ſi oleum §. ult. & ſeqq. ff. de dol. mal. l. item apud Labeonem §. Prætor. 34. cum ſeqq. ff. de injur. l. ſed etſi reſtituatur §. ſed etſi dies ff. de judic.* Cauſæ autem cognitio utriuſque partis præſentiam, & diſceptationem ſupponit. *l. in cauſa 13. in princ. ff. de minor. l. unic. C. ſi adverſus dot.* Idem ferè traditum de exceptione in *l. 1. ſunt qui putant ff. ne quid in flum. publ. in l. 1. §. Labeo ff. de flum.* Aſcon. Pædian. *in 3. action. in Verr. Et tandem inquiſitâ, auditâ, cognitâque utrimque cauſâ, in verba litis ejus componebat, quod Judici præſcribebat, ut ſecundum illud præſens controverſia definitionem acciperet.*

Hoc intererat inter actionem, & exceptionem: quod actio ſemper à Prætore poſtu-

Digitized by Google

landa erat ; exceptio verò ſolum in ſtrictis judiciis, ita ut reus condemnandus eſſet, niſi à Prætore impetraſſet exceptionem. §. 1. & 2. *Inſt. tit. de exception. l. 5. C. de inutil.*
30 *ſtipulat.* Judex enim in his judiciis alligatus erat formulæ à Prætore compoſitæ. Formula hoc ferè modo concipiebatur. *Si paret Titium dare oportere, Mævius judex eſto, eumque condemnato : niſi ſi dolo malo inductus promiſerit.* hinc dicta eſt exceptio, quia Prætor reum condemnari jubebat, ſed excipie-
31 bat eum caſum, quo dolo inductus fuiſſet, aut alium quemlibet. Hinc etiam exceptio dicitur conditio in *l. exceptio 22. ff. de except.* quia Prætor jubebat reum condemnari, ſub conditione, ſi non hoc, aut illud factum fuiſſet, quibus verbis conditionis proponi ſolebat exceptio. *l. ſi is qui §. pen. ff. de pignor. l. ſicut §. quod ſi is fundus ff. quib. mod. pign. ſolv. l. creditor. ff. qui pot. in pign. l. itaque ff. de procurat. l. Papinianus. in fin. ff. de Publician. l. qui pendentem ff. de action. empt. l. conſilio §. 1. ff. de curat. furioſ. l. quamdiu ff. de bon. libert. l. vir uxore §. 1. ff. ad SC. Vellejan.* & paſſim in jure noſtro. In his
32 igitur judiciis reus ipſo jure tutus non erat ; ſed jure Prætorio ; ſed ope exceptionis à Prætore conceſſæ, quæ ideò initio opponenda erat, & conteſtanda : *l. ſiquidem 9. verſ. nam ſi etiam C. de exception. l. emptor. C. de præſcript. long. tempor. l. præſcriptionem 8. C. de exception. l. exceptionem 19. C. de procur.* nam eâ omiſſâ Judex omninò reum condemnare debebat : quare reus ſolo Prætoris auxilio à condemnatione liberabatur.

In judiciis bonæ fidei non poſtulabatur à Prætore exceptio, quia inerat in ipſo judicio, & ex natura ipſius actionis, atque contractûs. Itaque in his judiciis Prætor certos
33 terminos Judici non præſcribebat, ſed eum ex bona fide judicare jubebat : §. *in bonæ fidei Inſtit. tit. de action.* & conſtat ex Cicerone in *Topic.* & alibi, cujus verba afferre ſuperſe-
34 demus, quia ab aliis afferuntur. Quamobrem hi tractatus non auxilio Prætoris accedente infirmabantur, neque prætoria exceptione eorum actio elidebatur ; ſed ipſa ex ſe ipſa conſumebatur, & propriâ naturâ contractus erat irritus, & ipſo jure munitus erat reus : hoc eſt, jure Civili, quod eam naturam his contractibus tribuerat, ut inteſtino vitio laborarent, & ſuapte naturâ deficerent. Itaque quod in ſtrictis judiciis efficit exceptio, & auxilium Prætoris, id in his efficit natura ipſa contractûs ; ac propterea, ſicut illi contractus ope Prætoris nulli, atque inutiles efficiuntur ; ſic hi naturâ ſuâ, & ipſo jure nulli ſunt, atque inutiles.

Ac ſi quis contendat Prætorem ex his contractibus, quibus dolus cauſam dederat,
actionem non dediſſe ; eum non facile re- 35
prehendi poſſe crediderim. Oſtendimus, apud Prætorem diſputatum fuiſſe an actio danda eſſet : duabus de cauſis hæc diſceptatio inſtituebatur. Prima erat, ut Prætor poſſet decernere, an ipſe deberet cognoſcere, an verò Judicem dare. *l. 9. in fin. ff. de offic. Præſ.* Altera, ut inſpiceret, an leges, an æquitas actionem dari permitterent, ut conſtat ex *ll.* quas ſuprà adduximus, & ex *l. ult. ff. de alienat. mut. jud. cauſ. fact.* Itaque ſæpenumerò traditum eſt in jure noſtro, Prætorem cauſâ cognitâ actionem denegaturum. *l. Titia 34. ff. ſolut. matr. l. in cauſæ 13. in princ. ff. de minor. l. 4. in princ. ff. de judic. l. ſi debitor 30. ff. de ſolution. l. veluti ff. de verb. obl. l. 1. §. ait Prætor. cum ſeqq. & l. eleganter §. ult. ff. de dol. mal. l. non alias 24. §. ult. ff. de judic. l. item apud Labeonem §. Prætor ait. cum ſeq. ff. de injur. l. nihil intereſt §. 2. ff. de bon. libert. l. filiofam. §. ult. ff. de procurat. l. eiſi 7. ff. de oper. nov. nunciat. l. ſi cum ff. de nox. action. l. 1. §. in operis ff. de nov. oper. nunc. l. 1. in princ. ff. de aleator. l. Patris §. 1. ff. de minor.* Quapropter, ſi reus poterat facile Prætori probare, ſe dolo adductum fuiſſe ad contrahendum, Prætor actori denegabat actionem, argum. text. in *l. nam poſteaquam. in princ. ff. de jurejur. in l. neceſſariis in princ. ff. de acquir. vel om. hæred. in l. veluti 27. ff. de verb. oblig.* Quorſum enim à Prætore daretur actio, in qua juberet reum ex bona fide condemnari, ſi reus ex bona fide condemnari non poterat ? *l. 3.*

Digitized by Google

in fin. ff. pro ſoc. l. contractus 23. *ff. de reg.*
36 *jur. l.* 5. *C. de reſcind. vend.* Et hoc eſt,
quod traditur in *l. ſed etſi* 17. *ff. ſolut. ma-*
trim. dotis actionem evaneſcere; & in *l.* 3. *ff.*
de reſcind. vendit. ex empto agi non poſſe;
& in *l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum ff. de*
legat. 1. emptorem abſolvi debere actione
ex vendito. In quibus legibus ea ratio red-
ditur: quia exceptiones inſunt in bonæ fi-
dei judiciis: hoc eſt, quia in his judiciis:
à Prætore non datur exceptio ſed ea ineſt
in ipſo judicio; & cùm Prætor ex bona fi-
de judicare jubeat, fruſtrà daret actionem,
ſi reus ex bona fide condemnari non poteſt:
ac propterea rectè dicitur actionem eva-
nuiſſe; & agi non poſſe; & reum abſolven-
dum actione.

Quod ſi de dolo ambigeretur, dabat qui-
dem Judicem Prætor, qui hac de re cognoſ-
ceret: ſed tamen hoc non impedit, quo
minùs reus ipſo jure tutus eſſet, ipſo jure
non teneretur. Nam ea, quæ juris ſunt, à
37 Judice ſuppleri poſſunt: *l. unic. C. ut quæ*
deſ. adv. jud. ſupp. at verò, quæ facti ſunt,
neque à Prætore, neque à Judice ſuppleri
poſſunt, cùm facta nemo poſſit divinare.
argum. text. *in l. ſi putator.* 3. *in fin. ff. ad*
38 *leg. Aquil.* Igitur etiam compenſatio objici,
& opponi debebat, *l. ult. C. de compenſ.* §. *in*
bona fidei Inſt. tit. de action. & de ea Judex
cognoſcere debebat: *l. quod in diem* 6. §. 1.
ff. de compenſ. l. ult. verſ. hoc itaque C. eod.
& tamen certum eſt, quod compenſatio ipſo
jure tollebat, & minuebat actionem, ut ſu-
prà oſtendimus. Ratio eſt, quia hæc omnia
ad factum demonſtrandum pertinebant, non
39 ad jus. Nam probatâ compenſatione, pro-
bato dolo, cognoſcitur ab initio nullum
fuiſſe contractum, nullam actionem, &
eum numquam fuiſſe debitorem, & actorem
non ſolum malè egiſſe, ſed nihil egiſſe, ut
ait Ulpian. *in l. un.* §. *ult. ff. quando dies*
uſusfr. leg. ced. Quemadmodum, ſi quis ex
falſo inſtrumento, vel conficto teſtamento
aliquid petat, utrique Prætor Judicem dabit;
ſed, cùm conſtabit de falſitate inſtrumenti,
vel teſtamenti, apparebit eum actionem non
habuiſſe, & adverſarium debitorem num-
quam fuiſſe. Sic in caſu noſtro, cum conſ-
tabit de dolo, aut compenſatione, appare-
bit actorem nihil egiſſe, & reum numquam
fuiſſe debitorem. argum. text. *in l. cum alter.*
11. *& in l. poſteaquam* 21. *ff. de compenſ. l.*
ejus quantitatis 7. *C. de ſolut. l. ſi conſtat.* 4.
C. de compenſat.

Ea, quæ copioſè hactenus diſputavimus,
enervant etiam vim alterius argumenti, quo
hanc ſententiam labefactare conantur adver-
ſarii. Aiunt enim: quando in contractu 40
nihil deeſt, quod pertineat ad ſubſtantiam
contractûs, ipſo jure valet: ſed in contrac-
tibus dolo initis nihil deeſt: nam ſi quid
deeſſet, id eſſet conſenſus: conſenſus autem
non deeſt: quia ſi deeſſet conſenſus, etiam
contractus ſtricti juris eſſent ipſo jure nulli: *l.* 41
1 §. *conventionis ff. de pact. l.* 2. *ff. de oblig. &*
action. quod falſum eſt *l.* 5. *C. de inut. ſtip.* §.
1. *Inſt. tit. de except.*

Nam demonſtratum eſt, ideò eſſe nullos
hoſce contractus, quia in judiciis bonæ fidei
inſunt exceptiones, lege ita præcipiente.
Atqui, quoties lex reſiſtit alicui actui, ac-
tus eſt ipſo jure nullus, etiamſi expleta ſit
ejus ſubſtantia. *l. non dubium C. de legib.* Sic
donatio inter virum, & uxorem non valet
lege reſiſtente *l.* 1. *&* 3. *& tot. tit. ff. de don.*
inter vir. & uxor. Et infinita afferri poſſent
exempla.

Quamquam non abſurdè quis poſſet affir-
mare, in his contractibus deeſſe conſenſum,
licet non deſit in contractibus ſtricti juris.
Dolus enim, quo quis adducitur ad contra-
hendum, etſi apertè non impediat conſen-
ſum; tacitè tamen, & ex interpretatione vo-
luntatis contrahentium conſenſui opponitur.
Nam ſi velimus tantummodo conſiderare ver-
ba, & id, quod expreſſim geſſerunt contra-
hentes, certum eſt eos conſenſiſſe: ſi verò 43
velimus interpretari eorum voluntatem, non
videntur conſenſiſſe, quia, qui dolo decep-
tus falsâ causâ adducitur ad contrahendum,
non fuiſſet contracturus, ſi cauſam illam fal-
ſam eſſe ſciviſſet, adeoque videtur conſenti-
re ſub conditione, ſi cauſa illa vera ſit. Hæc
interpretatio admittitur in contractibus bonæ
fidei, in quibus ex bono, & æquo interpre-

Digitized by Google

tamur voluntatem contrahentium. *l. ſed & Celſus 6. §. 1. ff. de contrah. empt. §. in bona fidei 30. Inſt. tit. de action. l. licet §. 1. ff. de*
44 *jur. dot.* Non admittitur autem in contractibus ſtricti juris, in quibus ſolum ſpectamus id, quod linguâ nuncupatum eſt, nec ab eorum verbis recedimus. *l. ita ſtipulatio 115. in princ. ff. de V. O.* & ad rem noſtram eſt teſtim. *l. ſi ita ſtipulatio 126. §. Chryſogonus in fin ff. de V. O.* Igitur deeſt conſenſus in contractibus bonæ fidei, non in ſtrictis.

Explicabo planius. Si quis falsâ causâ adductus ad promittendum, promiſerit ſub conditione: *ſi cauſa illa vera ſit*, ſtipulatio ipſo jure non valebit, quia conditio falſa de
45 præſenti ipſo jure vitiat contractum. *l. ſi ita ſtipulatus 20. ff. de V. O. §. conditiones Inſt. eod.* ſed quod efficit in ſtipulatione id, quod expreſſum eſt, idem efficit in contractibus bonæ fidei id, quod ſuppletur ex interpretatione, & officio Judicis. *l. 7. ff. de negot. geſt. l. Lucius 20. ff. depoſit.* ergò ſicut hæc conditio expreſſa in ſtipulatione redderet
46 nullam ſtipulationem deficiente conſenſu, ita reddit nullum contractum bonæ fidei, & tollit conſenſum, etiamſi expreſſa non ſit, quia ſuppletur interpretatione, & officio Judicis ex bono, & æquo.

CAPUT XV.

Ad l. hæc, ſi res 47. ff. de rei vind.

SUMMARIUM.

1 *Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.*
2 *Sine nova traditione transfertur, cùm traditio præceſſit ex alia cauſa & quare. n. 3.*
3 *Dominium cœpit à naturali poſſeſſione.*
4 *Poſſeſſio non ſolo animo, ſed animo & corpore acquiritur.*
5 *Quando non ſit neceſſaria rei præſentia ad dominium transferendum.*
6 *Opponitur text. in* l. ejus rei. cum ſeq. ff. de rei vind. *& explicatur.*
7 *Rei vindicatio datur contra poſſeſſorem.*
8 *Datur etiam contra eum, qui liti ſe obtulit, aut dolo deſiit poſſidere.*
9 *Cur præſens res dicatur, quæ poſſidetur: abſens, quæ non poſſidetur. & n. 15.*
10 *Mos olim obſervatus in rei vindicatione.*
11 *Cur dicta vindicatio?*
12 *Vindiciæ, & vindicia quid?*
13 *Explicatur Cicero in* oratione pro Muræna.
14 *Rei præſentis nomen in judiciis quid ſignificet?*
16 *Qui liti ſe obtulit, aut dolo deſiit poſſidere, condemnatur ad puniendum ejus dolum.*
17 *Si actor à poſſeſſore conſequatur rem vel æſtimationem, non poteſt poſtea convenire eum, qui dolo deſiit poſſidere: at, ſi prius hunc convenerit, poteſt poſtea poſſeſſorem convenire: & quare?*
18 *Poſſeſſio adverſarii parit actionem in rem.*

QUamvis rerum dominia traditionibus, non nudis pactis, transferantur, *l. traditionibus C. de pact.* tamen, quando præceſ- 1
ſit traditio ex quacumque cauſa, ex qua res eſt in poteſtate alicujus, non eſt neceſſaria nova traditio, & ſolâ conventione dominium transfertur in eum, qui rem ex alia cauſa detinet. *l. certi condictio 9. §. ult. ff. de reb. cred. l. qui negotia 34. ff. mand. l. quæ ratio-* 2
ne §. interdum ff. de acquir. rer. domin. §. interdum Inſtit. tit. de rer. diviſ. l. abſenti 10. ff. de donat. l. ſi ſervus 21. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. ſi fur. 32. in princ. ff. de uſucap. l. ſi ſponſalibus 58. §. 1. ff. de jure dot. Nam res pro tradita habetur ex hac nova cauſa, idonea ad transferendum dominium. *l. ſi rem quæ apud te eſſet ff. de eviction. d. l. ſi ſponſalibus l. ſive autem 9. §. 1. cum ſeq. ff. de Publician.*

Quorſum enim traditio, niſi ut rem redigat in poteſtatem accipientis? Dominium 3
enim cœpit à naturali poſſeſſione. *l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſ.* ſupervacanea igitur eſt traditio, quando res eſt in poteſtate ejus, qui dominium debet acquirere; & ab eo naturaliter poſſidetur. Superveniente enim titulo, & animo, affectuque dominii, efficitur juſta, & civilis poſſeſſio. *l. 3. §. Neratius ff. eod.* Neque hæc poſſeſſio ſolo ani- 4
mo acquiritur, quod fieri non poteſt, *l. 3. in princ. & l. quemadmodum 8. ff. eod.* ſed animo, & corpore: acceſſit enim animus præcedenti detentioni corporali; quo fit, ut animo & corpore res poſſideatur, & per poſſeſſionem dominium acquiratur.

Neque in hac dominii translatione neceſ- 5
ſaria eſt rei præſentia. Cùm enim ad juſtam

poſſeſſionem deſit ſolus animus; eo accedente ſtatim efficitur juſta, & civilis poſſeſſio. Et cum ad dominium transferendum deſit ſolummodo titulus idoneus, eo per conventionem ſuperveniente, ſtatim dominium acquiritur. Animus enim, & titulus non deſiderant rei præſentiam, & etiam è longinquo operantur. Itaque nuſquam Veteres in hac dominii tranſlatione præſentiam rei deſiderarunt.

Contrarium tamen videtur conſtitutum in
6 *l. ejus rei* cum *l. ſeq. ff. de rei vind.* ubi Paulus ait, quod, ſi reus, qui conveniebatur rei vindicatione, convenerit cum actore de ſolvenda rei æſtimatione, dominium ſtatim ad poſſeſſorem pertinet. Subdit deinceps in *l. ſeq. Hac, ſi res præſens ſit; ſi abſens, tunc, cum poſſeſſionem ejus poſſeſſor nactus ſit ex voluntate actoris.*

Qui totius legis verba paulò accuratius perpenderit, facilè intelliget, præſentem rem à Paulo dici, quæ eſt in poteſtate rei conventi: abſentem, quæ non eſt in ejus poteſtate, ſed ab alio poſſidetur. Demonſtrant id verba, quæ ſubſequuntur: *Et ideo non eſt alienum, non aliter litem æſtimari à Judice, quam ſi caverit actor, quod per ſe non fiat, poſſeſſionem ejus rei traditum iri.* Si actor cavere debet per ſe non fieri, quominùs poſſeſſio reo tradatur, ergò res ab alio poſſidebatur, & non erat in poteſtate rei.

Nec obſtat, quod in ea lege reus appella-
7 tur poſſeſſor, & quod rei vindicatio competit ſolum contra poſſeſſorem. §. *1. Inſtit. tit. de action. l. officium 9. ff. de rei vindic.*

Nam reſpondetur, agi rei vindicatione etiam cum eo, qui aut liti ſe obtulit, aut deſiit dolo poſſidere. *l. qui petitorio 36. l. quod ſi dolo 22. l. is qui ſe obtulit ff. de rei*
8 *vindic. l. ſin autem 27. ff. eod.* Et quia hi conveniuntur, tamquam poſſeſſores, & tamquam poſſeſſores condemnantur; *l. qui dolo 131. ff. de reg. jur.* uno verbo, pro poſſeſſoribus habentur; idcircò à Paulo reus conventus poſſeſſor appellatur.

Sed quâ ratione, quave de causâ præſens res dicatur, quæ à reo detinetur, & in
9 ejus poteſtate eſt; abſens, quæ detinetur ab alio; non explicant Interpretes noſtri. Videtur autem abſurda hæc loquendi forma. Atque eò magis, quod agitur de judicio. Quis autem, cùm convenitur, rem petitam affert in judicium? Certè hujus rei exemplum ſingulare affertur in *l. qui vas argenteum ff. de furt.*

Verùm enimverò plena eſt reconditæ eruditionis, & antiquitatis hæc elocutio. Verba hæc accommodata ſunt ad veterem judiciorum formam. Vindicabant enim rem in judicio, tamquam præſentem, cùm à reo poſſidebatur. Refert A. Gell. *lib. 20. Noct.* 10
Attic. cap. 9. primis Reip. temporibus, cùm Romanum Imperium anguſtis finibus concluderetur, eum, qui juriſdictioni præerat, ſimul cum litigantibus in rem præſentem veniſſe, atque ibi litigantes manum conſeruiſſe, juxta leges duodecim Tabularum, in quibus ſcriptum erat: *Si qui in jure manum conſerunt.* Atque hinc fortaſsè nomen vindicationis inditum huic actioni. Ut enim ait Cicer. 2. *de inventione*: *Vindicatio eſt, per* 11
quam vis, aut injuria, aut omninò, quod obfuturum eſt, defendendo, aut ulciſcendo propulſatur. In hac manuum conſertione vim adhibebat actor, vim propulſabat reus, & imaginarium quoddam, ac civile bellum inter eos peragebatur. Quamobrem non immeritò Ennius bellum huic conſertioni comparavit illis verſibus:

Non ex jure manu conſertum, ſed mage ferro.
Rem repetunt: Regnumque petunt: vadunt ſolidâ vi.

Sed ad rem redeamus. Subjicit idem Gellius, quod propagatis Imperii finibus, cùm Prætor gravaretur in res longinquas proficiſci, inſtitutum fuit, tacito conſenſu contra leges XII. *Tabul.* ut ex jure manu conſertum vocarent: id eſt, alter alterum ex jure ad conſerendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque ita profecti ſimul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, veluti unam glebam, in jus, in Urbem ad Prætorem deferrent, & in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent. Hanc glebam, quæ totum agrum repræſentabat, *vindicias*, ſeu 12
vindiciam

vindiciam appellatam Feſtus ait, & apud eum Servius Sulpitius. Gloſſæ quoque, quæ Philoxeno tribuuntur, ita vindicias definiunt: τὰ ἐν ἀμφισβητήσει πράγματα. *res quæ ſunt in controverſia*. Longè alia eſt ſententia Aſconii Pædiani *in 3. in Verr.* & aliorum Scriptorum. Sed hæc ad rem noſtram non pertinent.

Paulatim autem obſolevit etiam ſolemnis illa litigantium profectio, & res redacta eſt ad imaginariam, fictamque profectionem, ac meram ſolemnitatem, ut conjecturâ aſſequi poſſumus perpendendo verba Ciceronis, irridentis Juriſconſultos in *oratione pro Murena*. Ne ſim longior, verba Ciceronis prætermittam, formulas tantum litigantium ac Prætoris inde depromam. Actor igitur his
13 verbis in jure utebatur: *Fundum, qui eſt in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum eſſe aio: inde ego te ex jure manu conſertum voco*. Tum reſpondebat reus: *Unde tu me ex jure manu conſertum vocaſti, inde ego te revoco*. His Prætor ſubjiciebat hæc verba: *Utriſque ſuperſtitibus præſentibus iſtam viam dico: ite viam*. Præſto erat JC. qui doceret ire viam. Tum Prætor: *redite viam*. Fingebant igitur in agrum proficiſci, atque inde reverti, glebâ in jus allatâ. Atque hæ formulæ in uſu erant etiam tempore A. Gellii, ut ipſe teſtatur ibidem, qui floruit non
14 multò ante Paulum noſtrum. Quamobrem non eſt incredibile, etiam ejus ætate ventum fuiſſe in rem præſentem fictâ illâ, atque imaginariâ profectione; vel ſaltem manſiſſe nomen rei præſentis, & conſervatam fuiſſe illam reliquiam vetuſtatis etiam abolitâ conſuetudine eundi, & redeundi: quemadmodum *vindictæ* nomen manſit etiam ſublatâ virgâ, & aliis ſolemnibus ejus manumiſſionis.

Rectè igitur Paulus vocat præſentem rem, quam reus poſſidet, quia tunc vindicatur tamquam præſens; ac præſens eſſe fingitur.
15 Dicitur autem abſens, cum à reo non poſſidetur, quia tunc agitur ad puniendum dolum rei, ac reus condemnatur ad præſtandam litis æſtimationem, non tam propter rem poſſeſſam, quam propter dolum, qui pro poſſeſſione habetur. *l. qui dolo & l. parem ff. de reg. jur.* hujus rei argumento ſit: quod, ſi actor prius convenerit poſſeſſorem, 16
& ab eo vel rem ipſam, vel litis æſtimationem ſuſtulerit, non poteſt amplius convenire eum, qui dolo deſiit poſſidere. Contrà, ſi prius convenerit eum, qui dolo deſiit poſſi- 17
dere, & ab eo conſecutus ſit rei æſtimationem, poteſt nihilominus convenire poſſeſſorem, & ab eo auferre rem, vel litis æſtimationem. *l. nec ullam §. pen. in fin. ff. de petit. hæredit. l. Stichum §. dolo ff. de ſolut. l. ſi is qui 7. ff. de rei vindicat.* Ratio eſt, quia poſſeſſio parit actionem in rem. *l. un. C. de alien. mut. judic. cauſ.* Itaque licet conſecutus ſit rei æſtimationem ab eo, qui dolo deſiit poſſidere, tamen extincta non eſt actio, quam ei parit poſſeſſio alterius, qui verè poſſidet. Atqui illam litis æſtimationem conſecutus eſt ex dolo adverſarii, non ex ejus poſſeſſione. Quare nulla cauſa eſt, cur ſolutio hujus æſtimationis extinguat actionem. Contrà verò ſecundo caſu, quia rem vel litis æſtimationem à poſſeſſore aufert propter rem poſſeſſam, & ex cauſa poſſeſſionis, ſtatim extinguitur actio, quæ ex ea poſſeſſione nata erat. Nec amplius haberi poteſt ratio doli ejus, qui deſiit poſſidere, cum actor dolo illo deceptus non ſit, nec damnum ſit paſſus re ſuâ recuperatâ. argum. text. *in l. is qui ſe obtulit 25. cum ſeq. ff. de rei vind.*

Non poteſt igitur fingi res præſens, quando reus non poſſidet, cùm potius dolus, quam poſſeſſio, liti cauſam præbeat.

CAPUT XVI.

Ad l. Ejus qui 41. ff. de reb. cred.

SUMMARIUM.

1 *Error contrarius eſt conſenſui.*
2 *Quod per errorem actum fuit, non valet.*
3 *Error in corpore rei vitiat contractum.*
4 *Error impedit dominii tranſlationem.*
5 *Non transfertur dominium, niſi concurrat affectus utriuſque contrahentis.*
6 *Qui transfert aliud dominium, quam quod vult, nihil transfert.*
7 *Tradens voluntate, aut juſſu domini, transfert dominium.*

Digitized by Google

8 *Dominium non transfert, qui vult transferre dominium, quod non habet, licet ſit ex alia cauſa dominus.*

9 *Explicatur* l. ſervum Titii ff. mand.

10 *Diverſa ſunt dominia, ex diverſis cauſis quaſita.*

11 *Quem de evictione tenet actio, multo magis repellit exceptio.*

12 *Transfertur dominium ab eo, qui vult illud dominium transferre, etiamſi ignoret ſe habere.*

13 *Explicatur* l. ejus qui 41. ff. de reb. credit.

14 *Explicatur* l. ſi pater ff. de man. vind. *& qua in re differat libertas à dominio.*

15 *Juſſus & mandatum morte mandantis finiuntur.*

1 ERror contrarius eſt voluntati, & conſenſum, & conventionem impedit. *l. ſed hoc ita* 20. *ff. de aqu. & aqu. pluv. l.* 2. *ff. de judic. l. ſi per errorem ff. de juriſdict.*
2 *omn. judic.* hinc nihil valet, quod per errorem actum eſt. *l. in omnibus negotiis ff. de obligat. & act.* Multi errores poſſunt in contrahendo, & hominum commerciis intervenire. Duo ſunt meo judicio ſimiles: error in corpore rei, de qua contrahimus: & error in dominio, quod volumus transfer-
3 re. Si erratum ſit in corpore rei, inutilis & irritus eſt contractus, ac nulla ex eo naſcitur obligatio. *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 9. *in princ. ff. de contr. empt.* §. *ſi de alia Inſtit. tit. de inut. ſtip.*

Si erratum ſit in dominio, quod transferre volumus, pariter inutilis, & irritus eſt actus, nec dominium transfertur. Nemo
4 enim errans rem ſuam amittit. *l. ſi procurator* 35. *ff. de acquir. rer. domin. l.* 3. §. *ſubtilius ff. de cond. cauſ. dat. l. etſi conſenſum* 15. §. *ult. ff. de contr. empt.* quemadmodum enim nullus ſine conventione poteſt eſſe contractus, *l.* 1. §. *adeo ff. de pact.* ita
5 & dominium transferri non poteſt, niſi concurrat affectus ex utraque parte contrahentium. *l. in omnibus rebus ff. de oblig. & action.*

Sunt autem ſimiles hi duo errores. Sicut
6 enim non ſufficit ad contrahendam obligationem, velle fundum vendere, vel alio modo contrahere, niſi fundus, quem vendimus, ſit ille ipſe, quem vendere volumus; ita non ſufficit velle dominium transferre, niſi illud ipſum dominium transferamus, quod volumus: & ſicut vendendo aliud corpus, quam quod vendere volumus, venditio nulla eſt, ita transferendo aliud dominium, quam quod transferre volumus, nihil agimus, & nulla eſt alienatio. *l. etſi conſenſum* 15. §. *ult. ff. de contr. empt.* Vendidiſti mihi, vel donaſti rem meam, & juſſu meo alii tradidiſti. Nulla videtur eſſe cauſa, cur dominium non transferatur in accipientem: nam qui rem tra- 7
dit juſſu, & voluntate domini, transfert dominium. *§. nihil autem intereſt Inſtit. tit. de rer. diviſ.* Dominus eram: habui voluntatem transferendi dominii: intervenit traditio neceſſaria ad dominium transferendum, & tamen dominium non transfertur. Quid ita? quia volui transferre dominium, non meum, quod habeo, ſed tuum, quod transferre non poſſum, quia non habes. *d. l. etſi conſenſum. in fin.*

Idem omninò ſtatuendum eſt, ſi volue- 8
rit transferre dominium, quod putat ſe habere, cum non habeat, licet ſit dominus ex alia cauſa, & habeat dominium, quod ſe habere ignorat. Sicut enim, qui vult vendere, aut donare fundum Cornelianum, & vendit, aut donat Sempronianum, non contrahit obligationem, licet habeat fundum Sempronianum, deficiente voluntate; *l. in conditionibus* 9. *in princ. ff. de contr. empt.* ita non transfero dominium, licet illud habeam, ſi non eo animo ſum, ut illud ipſum, quod habeo, transferam; ſed aliud ab eo diverſum, quod transferre non poſſum, quia non habeo. *l. ſervum Titii* 49. *ff. mand.* 9
Servi dominus eram, cum id ignorarem. Fui hæres Sempronii, qui ſervum illum emerat à non domino, ac proindè dominus factus non fuit. Cùm tamen crederem, Sempronium dominum fuiſſe, putabam dominium Sempronii in me tranſlatum fuiſſe jure hæreditario: & me eſſe ſervi dominum tamquam hæredem Sempronii, cum verè multò ante dominus eſſem ex alia cauſa. Vendidi ſervum illum, vel alius juſſu meo vendidit: non transfero dominium in emptorem. Volo enim transferre dominium in me à Sempronio tranſlatum jure hæredita-

rio, quod transferre non poſſum, quia non
habeo. Dominium autem, quod habeo,
non transfero, deficiente voluntate: cum
enim dominium illud me habere ignorem;
non poſſum habere voluntatem ejus trans-
10 ferendi. Sunt autem diverſa hæc dominia.
*l. ſi mater §. eamdem cauſam ff. de except.
rei judic.* Itaque poſſum ſervum, quem
vendidi, vindicare. *d. l. ſervum Titii in fin.*
11 Repellor tamen exceptione doli mali, quia
cùm tenear de evictione, alio vindicante,
dolo facio ipſe vindicans, quod vendidi.
l. vindicantem ff. de evictione.

Quemadmodum autem, cum non eſt
erratum in corpore rei, nihil intereſt, an
res ſit penes eum, qui contrahit, an penes
alium; &, etiamſi contrahens ignoret ſe
rem habere, quam habet, tamen contra-
12 hitur obligatio: ita transfertur dominium,
etiamſi ille, qui vult transferre dominium,
ignoret ſe illud habere, dum tamen velit
transferre illud ipſum dominium, quod ha-
bet, licet putet dominium illud non penes
ſe eſſe, ſed penes alium. Quid enim refert,
ipſe habeat dominium illud, an alius, ſi
& vult illud dominium transferre, & poteſt
transferre, cum ipſe habeat? Evenit id
cum quis acquiſivit ab aliquo dominium
ignorans, quod in aliquem transferre vult,
cum putet ejus eſſe, cujus erat, antequam
in ipſum transferretur: veluti ſi dominium
acquiſiverit jure hæreditario ignorans.

His expoſitis conſtat, veriſſimè ab Afri-
13 cano reſponſum fuiſſe in *l. ejus qui. Verſ.
quas verò pecunias ff. de reb. cred.* pecunias
à ſervo creditas, pro eo parte alienatas fuiſ-
ſe, pro qua ipſe hæres extitiſſet, licet id
ignoraret: quod reſponſum perculit omnes
Interpretes. Servus fuit hæres domini igno-
rans: itaque dominium pecuniæ acquiſivit
ignorans. Pecuniam credidit, dominium
tranſtulit in mutuatarium; non quia hæres
videatur eadem perſona cum defuncto, ut
quidam Viri docti ſunt arbitrati: nihil
enim hoc ad rem pertinet. Non eadem per-
ſona id efficit, ſed idem dominium. Voluit
nimirum ſervus transferre dominium pecu-
niæ in mutuatarium, quod putabat eſſe
penes dominum ſuum, & erat penes ſe ip-
ſum: ſed tamen erat idem dominium. Nam
à domino in illum tranſlatum erat jure hæ-
reditario. Ignoravit, quis haberet illud do-
minium, non verò erravit in dominio: vo-
luit enim illud ipſum dominium transferre,
quod verè transferre poterat, quia ipſe ha-
bebat jure hæreditario quæſitum. Itaque
nulla ratio eſt, cur transferre non debeat.
§. per traditionem Inſtit. tit. de rer. div.
hinc puto veteres Interpretes rectè ſtatuiſſe,
quod, quando quis habet cauſam ab eo,
quem dominum putat, tradendo dominium
transfert, licet ipſe ignoret ſe eſſe domi-
num. Etenim, cum habet cauſam ab eo,
quem dominum putat; habet illud ipſum
dominium, quod ille habebat: & cum ve-
lit transferre dominium, quod ille habe-
bat, utique vult transferre ſuum dominium:
eſt enim idem dominium ab eo in hunc
tranſlatum.

Idem conſtitutum eſt in libertate. Si quis
ſervum ſuum manumittat, quem putat alie-
num, ſervus fit liber, quia verum eſt vo-
luntate domini manumiſſum eſſe. *l. ſi pater* 14
4. §. quoties ff. de manum. vind. Nec obeſt
error ignorantis ſuum eſſe ſervum, ſicut
non obeſt error ignorantis ſuum eſſe domi-
num. Illud animadvertendum, quod in li-
bertate non quærimus, an manumiſſor ha-
buerit cauſam ab eo, quem putabat domi-
num ſervi. Nam libertas una, & eadem
eſt, nec errari poteſt in genere libertatis:
nec ea ab uno ad alium transfertur ſimul
cum ſervo, quemadmodum dominium;
nec à domino quidem in ſervum transfer-
tur, cum eum manumittit. Itaque in ma-
numiſſione non poteſt manumiſſor errare,
& velle ſervo dare libertatem, quam habet
Titius, non quam ipſe habet; cum liber-
tas, quam ſervus ex manumiſſione conſe-
quitur, non fuerit penes quemquam; nec
poſſit eſſe hæc vel illa libertas: neque enim
exiſtit ante manumiſſionem.

Contrarium videtur conſtitutum in ea- 15
dem *l. ſi pater. in princ.* ubi id contingere
dicitur favore libertatis. Sed non eo perti-
net favor libertatis, ut manumiſſus liber

fiat, ſed ut videatur manumiſſus juſſu, & mandato domini, etiamſi poſt mortem ejus fuerit manumiſſus, cum in aliis cauſis juſſus, & mandatum morte finiantur. *l. ſi per epiſtolam* 50. *ff. de acquir. hæred. l. mandatum C. mand.* Quod ſi mutata fuerit voluntas, non videbitur volente patre manumiſſus. *l. quæſitum* §. *Julianus ff. qui, & à quib. manum.* Itaque favor libertatis id efficit, ut, niſi conſtet dominum mutaſſe voluntatem, durare videatur etiam poſt mortem. *d. l. ſi pater.*

CAPUT XVII.

Ad l. ſi ego pecuniam 18. ff. de reb. credit.

SUMMARIUM.

1 *Error in cauſa contrahendi vitiat utrumque contractum.*
2 *Sine conventione nullus contractus.*
3 *Error in cauſa dominii transferendi impedit dominii tranſlationem, ſi utraque cauſa non ſit idonea.*
4 *In dominio transferendo concurrere debet voluntas utriuſque.*
5 *Si utraque cauſa ſit idonea, error non impedit dominii tranſlationem.*
6 *Cur in dominio transferendo utriuſque voluntas debeat concurrere.*
7 *Conciliatur Ulpianus cum Juliano.* & *nn. ſeqq.*
9 *Nummos non fieri accipientis, & mutuum non eſſe contractum, idem ſignificant.*
10 R *petenti nummos ſua voluntate conſumptos obſtat exceptio.*
11 *Mutuum non rectè contractum conſumptione conciliatur.*
12 *Voluntas dantis attenditur in dominii tranſlatione.*
13 *Nuda traditio dominium non transfert.*
14 *Ad dominium tranſferendum ſufficit etiam cauſa putativa, & explicatur exemplis.*
15 *Solvens indebitum transfert dominium, & ideò repetit condictione, non rei vindicatione.*
16 17 *Qui habet mandatum à domino, ſi tradat proprio nomine, dominium non transfert: & quare.*

DIximus de errore in dominio transferendo: de errore in cauſa transferendi dominii pauca ſubjiciamus, de quo non minùs impedita, & magnis difficultatibus involuta diſputatio eſt. Quando erratum eſt in cauſa dominii transferendi, duæ quæſtiones occurrunt: altera de obligatione: altera de dominio.

Quantum attinet ad obligationem, conſ-
tat inter omnes, hunc errorem obſtare obli-
gationi, & neutrum contractum valere.
Dedi tibi pecuniam, quaſi donaturus, tu
quaſi mutuam accepiſti: nec donatio, nec 1
mutuum contrahitur. *l. ſi ego pecuniam* 18.
ff. de reb. credit. Non donatio, quia deficit
tuus conſenſus, qui non ex cauſa donationis
accepiſti. Non mutuum, quia deeſt meus
conſenſus, qui non habui animum mutui
contrahendi. *l. in omnibus negotiis ff. de oblig.
& act.* ſine conventione enim non poteſt eſſe
contractus. *l.* 1. §. *conventionis ff. de pact.* con- 2
ventio autem non eſt conſenſus unius tan-
tum, ſed duorum in idem placitum concur-
rentium. *d. l.* 1. §. *& eſt pactio.* Non concur-
runt autem in idem placitum, cum alter
donationem, alter mutuum voluerit con-
trahere.

Quantum autem attinet ad dominium, 3
ita diſtinguendum eſt. Si utraque cauſa non
ſit idonea ad dominium transferendum,
conſtat inter omnes, dominium non poſſe
transferri. Ad dominium enim transferendum 4
non ſufficit voluntas unius, ſed requiritur
affectus ex utraque parte contrahentium. *l.
in omnibus rebus ff. de oblig & act.* Non
poteſt autem concurrere affectus utriuſque
contrahentis, cum utraque cauſa non eſt
idonea ad dominium transferendum. Dedi
tibi pecuniam, quaſi mutuam, tu quaſi de-
poſitam, aut commodatam accepiſti: non
transfertur dominium, quia licèt ego volue-
rim transferre, tu tamen acquirere noluiſti,
cum commodatarius dominium non acqui-
rat. *l. rei commodatæ. cum ſeq. ff. commod.*

Si verò utraque cauſa ſit idonea ad domi-
nium transferendum, putat dominium trans-
ferri Julianus in *l. cum in corpus ff. de acquir.
rer. dom.* nec ait ſe videre, cur inefficax de- 5
beat eſſe traditio. Et meritò: quia traditio
conjuncta cum affectu utriuſque, & dantis,
& accipientis, omninò dominium transfert.
l. in omnibus rebus ff. de oblig. & action. §.
per traditionem Inſtit. tit. de rer. div. Qui

Digitized by Google

dedit, voluit dominium transferre: qui accepit, voluit dominium acquirere. Quid cauſæ eſt, cur ille non transferat; hic non acquirat? An non naturali æquitati conſentaneum eſt, utriuſque voluntatem ſervari, cum uterque de dominio transferendo conſentiat? *d.* §. *per traditionem.* At enim diſſentiunt in cauſa transferendi. Hoc quidem pertinet ad obligationem, quæ ex illa cauſa naſci debet, & hic diſſenſus obſtat obligationi; non tamen obſtat dominio, quod
6 traditione transfertur: cui traditioni ideò accedere debet utriuſque voluntas, ne aut invito dominium auferatur, aut invito acquiratur, quod rationi repugnat: hic autem neque invito aufertur, neque invito acquiritur; & ideò nulla cauſa eſt, cur traditione transferri non debeat. Nec obſtat diſſenſus in cauſis dandi, & accipiendi: *d. l. cum in corpus. in fin. ff. de acquir. rer. dom.* quia hic potius reſpicit obligationem, quam dominium, quod etiam ex cauſa non vera transfertur, ut infrà probabimus. Non enim, ut cauſa producit obligationem, ita & transfert dominium. In obligatione cauſa requiritur, (liceat his verbi uti) tamquam productiva obligationis; in dominio deſideratur, tamquam declarativa voluntatis. Quamobrem ex falſa cauſa dominium transfertur, licet ex ea non naſcatur obligatio. Ideircò Julianus in hac ſententia conſtituenda non hæſitavit, ſed conſtare dixit tranſire proprietatem in te, ſi ego tibi pecuniam numeravero, quaſi donaturus, tu quaſi creditam acceperis.

Ulpianus tamen in noſtra *l. ſi ego pecuniam ff. de reb. cred.* contrarium reſpondit: *Si ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias, Julianus ſcribit*
7 *donationem non eſſe. Sed an mutua ſit, videndum: & puto nec mutuam eſſe, magiſque nummos accipientis non fieri, cùm alia opinione acceperis. Quare ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia ſecundum voluntatem dantis nummi ſunt conſumpti.*

Hujuſmodi reſponſum perculit omnes Interpretes. Mirum eſt, quanta commenti ſint, ut Julianum cum Ulpiano componerent. Pleroſque doctè refellit Melch. de Valent. *in epiſt. jur. exercit. exerc.* 10. quibus etſi non pauca addi poſſent, tamen operæ pretium non eſt, in re tam difficili, tamque controverſa ad evertendas aliorum opiniones laborem impendere. Quamvis verò propiora à me proferre non poſſe confidam, liceat tamen aperire, quid ſentiam.

Animadvertendum eſt, Ulpianum in laudata *l. ſi ego pecuniam*, non tractaſſe quæſtionem dominii, de qua ſecundo loco diximus; ſed quæſtionem obligationis, quam primò loco expoſuimus. Nihil enim aliud quærit, quam, an valeat donatio, an valeat mutuum, & neutrum valere reſpondet. Et rectè, ut initio probavimus. Contrà Julianus in *l. cum in corpus ff. de acquir. rer. domin.* tractat alteram quæſtionem dominii: neque enim quærit, an valeant contractus, ſed an dominium transferatur, licet erratum fuerit in cauſa dominii transferendi. Reſpondet autem dominium transferri; quod & nos probavimus in ſecunda quæſtione.

Hactenus igitur nullum diſſidium eſt inter 8
Julianum, & Ulpianum. Ac, ſi Ulpianus non adjeciſſet illa verba: *Magiſque nummos accipientis non fieri*; nemo poſſet judicare, Ulpianum à Juliano diſſidere. Itaque ſi verba illa in ea ſignificatione accipi poſſint, ut conveniant quæſtioni obligationis, quam tractat Ulpianus, nec referantur ad quæſtionem dominii, nulla erit inter eos diſſenſio. Ac, ſi accuratè rationem loquendi à Veteribus uſurpatam expendamus, non erit ab eorum mente aliena hujuſmodi interpretatio. Illi enim mutui adeò proprium eſſe exiſtimabant pecuniam fieri mutuatarii, ut, cum volebant ſignificare contractum non fuiſſe mutuum, hac formula uterentur: pecuniam non fuiſſe factam accipientis; ut in *l. rogaſti* 9
11. *in l. nam etſi fur.* 13. *in princ. in l. ejus qui* 41. *verſ. nam etſi tibi ff. de reb. cred. l. proinde ff eod.* vel pecuniam non fuiſſe alienatam. *l. ejus qui verſ. quas verò pecunias ff. eod.* Itaque cum ait Ulpianus: *magiſque nummos accipientis non fieri*; non recedit à quæſtione obligationis, quam tractabat,

Digitized by Google

nec tractandam ſuſcipit quæſtionem dominii, quæ ad rem non pertinebat: & ideo verba illa nihil aliud ſignificant, quam mutuum non fuiſſe contractum; & nummos ex cauſa mutui non fuiſſe factos accipientis, quia alia opinione acceperit: hoc eſt, quia cauſa, ex qua dati ſunt, non eſt eadem, ac cauſa, ex qua accepti ſunt. Quamobrem cùm non convenerit inter eos in cauſa dandi, & accipiendi, neutra cauſa poteſt ſubſiſtere. Et cùm neutra cauſa ſubſiſtat, nummi ad accipientem pervenerunt ſine cauſa, & ideo repeti, & condici poſſunt. *l. ult. ff. de cond.*
10 *ſine cauſa.* Quia tamen ſecundum voluntatem dantis conſumpti ſunt, repetenti obſtabit exceptio. *d. l. ſi ego pecuniam.* Ex quibus conſtat, quod in hac lege ſolum tractatur quæſtio obligationis, non dominii; & quod etiam verba illa: *magiſque nummos accipientis non fieri*, ad eamdem quæſtionem obligationis ſunt referenda, & ad cauſam dominii, non ad ipſam dominii tranſlationem. Uno verbo: non fiunt accipientis ex cauſa mutui: an fiant abſolutè & ſimpliciter, ibi non quæritur, quia non tractatur quæſtio dominii.

Atque ut hoc clarius pateat, duo conſideranda ſunt. Primùm quod, cum ſoleat mutuum, quod traditione contractum non erat, conſumptione conciliari, & naſci condictio ad mutuum repetendum; *l. rogaſti* 11. *§. ult.*
11 *l. nam etſi fur. in princ. & in* §. 1. *ff. de reb. cred. l. ſi quis pro eo §. ſi nummos ff. de fidejuſ.* quærit Ulpianus, an conſumptis nummis condictio ſit efficax ad repetendum; & reſpondet obſtare exceptionem, quia voluntate dantis conſumpti fuerunt. Unde conſtat, hîc agi de obligatione, & actione ad repetendum, non de dominio.

Prætereà notanda eſt particula illa: *quare*, quæ cauſam notat: & contineret abſurdam ſententiam, ſi ſuprà egiſſet de dominio. Ex eo enim, quod nummi non fiant accipientis, perperam deducitur, quod conſumptis nummis detur exceptio adverſus repetentem; cum potius contrarium deduci poſſit, & debeat. Eſſet igitur inepta illatio illa, niſi id omne, quod præcedit, referatur ad obligationem. Optimè autem id deducitur ex eo, quod non ſit mutuum; nam ſi mutuum eſſet, non obſtaret exceptio repetenti: obſtat autem, quia dominium tranſlatum eſt non ex cauſa mutui, ſed ſola voluntate dantis, quæ attenditur in dominio transferendo. *l.* 12
qui mihi 13. *ff. de donat. §. per traditionem Inſtit. tit. de rer. diviſ.*

Sed poteſt opponi, quod ſi neutra cauſa ſubſiſtit, neque donatio, neque mutuum, transferri non poteſt dominium, quod nudâ traditione non transfertur. *l. numquam nudâ* 13
31. *ff. de acquir. rer. dom.*

Reſpondetur, non eſſe nudam traditionem, ſed traditionem factam ex cauſa idonea ad dominium transferendum: & utrumque, tam dantem, quam accipientem, eo animo fuiſſe, ut dominium transferretur, & transferretur ex cauſa idonea. Quo caſu 14
etiam cauſa falſa ſufficit ad dominium transferendum: quia cauſa idonea tantummodo requiritur ad fundandam voluntatem dantis, & accipientis. Itaque, & cum quis ſolvit indebitum, transfert dominium, nec repetit indebitum rei vindicatione, quæ domino 15
datur, ſed condictione indebiti. *toto tit. ff. de condict. ind.* condictio autem numquam domino datur, niſi adverſus furem *§. ſic itaque diſcretus Inſtit. tit. de act.* Et cum quis dat aliquid ſine cauſa, cum tamen veram, ac juſtam cauſam ſubeſſe putet, dominium transfert. *l.* 1. *in fin. l. ult. in princ. & in §.* 1. *ff. de condict. ſine cauſ.* Et, ſi quis putet ſe libertatem accepiſſe ſub conditione, *ſi decem Titio dederit*; cum verè libertatem purè acceperit; ſi decem Titio dederit, dominium transfert, quia, licet vera cauſa non ſubſit, tamen eam ſubeſſe putat, & ideò eo animo dat, ut dominium transferat ex ea cauſa, quæ juſta eſſet & idonea, ſi verè ſubeſſet, ſicut ipſe putat. *l.* 3. *§. ſubtilius verſ. quid ergò ff. de condict. cauſ. dat.* hic enim error non impedit voluntatem dantis, qui omninò vult dominium transferre. Quapropter & in caſu noſtro dominium transferri debet, quia ſubeſt cauſa donationis, quæ vera eſt ex opinione, & voluntate tradentis, licet falſa ſit propter errorem accipientis, qui

Digitized by Google

aliâ opinione accepit. *d. l. ſi ego pecuniam.*
16 Nec obſtat text. in *l. ſi tibi dederim* 25. *ff.*
de donat. Nam ibi dominium non transfertur, deficiente jure, & autoritate tradentis.
Nam qui rem tradidit, neque dominus erat,
neque habebat mandatum à domino: non
enim tradidit nomine mandantis, ſicut ei
mandatum fuerat, ſed nomine ſuo, contra
id, quod ipſi mandatum erat. Ac propterea,
cùm neque ipſe dominus eſſet, neque ex
17 mandaro, & voluntate domini dederit, non
potuit dominium transferre. *l. traditio* 20. *ff.*
de acquir. rer. dom. §. *per traditionem* & §.
nihil autem intereſt. Inſtit. tit. de rer. diviſ.

CAPUT XVIII.

Ad l. ſi quis vinum 9. ff. de vino trit. & oleo leg.

SUMMARIUM.

1 *Rerum vocabula ſunt immutabilia: & non ex opinionibus, ſed ex uſu ſunt exaudienda.*
2 *Non videtur dixiſſe, qui ſuo nomine uſus non eſt.*
3 *Error in nomine non vitiat inſtitutionem, legatum, contractus, judicia.*
4 *Nomina propria mutabilia ſunt.*
5 *Error in nomine appellativo vitiat legatum.*
6 *Legato vino quid contineatur?*
7 *Legato veſtis muliebris non continetur veſtis muliebris, quâ teſtator utebatur.*
8 *Veſtis muliebris ſolo uſu differt à virili, & quadam veſtes ſunt utriſque communes.*
9 *Teſtatoribus permittitur abuſivè loqui. Vide exempla.*
10 *Vini duo genera, naturale, & factitium. Factitia qua.*
11 *Chartarum legato libri non continentur, & quando.*
An argentum legato ſupellectilis contineatur.
12 *Legato vino mulſum non continetur, & quid ſit*
13 *Legato vino continetur œnomeli. quid ſit. an differat à mulſo. Vinum Narbonenſe quomodo fieret. Paſſum quid.*
14 *Pſythium, & melampſythium paſſi genera.*
15 *Vinum melitites quid ſit, & quomodo fiat.*
16 *Acinaticum quid, & quomodo fiat?*
17 *Legato vino defrutum non continetur.*

1 Rerum vocabula ſunt immutabilia, *l.* 4.
ff. de leg. 1. nec ex opinionibus, ſed
ex uſu communi ſunt exaudienda: atque
ideò nemo videtur dixiſſe id, quod ſuo 2
nomine uſus non eſt. *l. Labeo ait* 7. §.
Servius ff. de ſupellect. leg. Quocircà, licet
error in nomine proprio nec inſtitutionem
vitiet, *l. ſi in nomine C. de teſtam.* nec lega- 3
tum, *l.* 4. *ff. de leg.* 1. §. *ſi quis in nomine*
Inſtit. tit. de legat. neque contractus, *l. ſi in*
nomine ff. de V. O. l. in venditionibus 9. §. *ſi*
in nomine ff. de contr. empt. neque judicium;
l. idem Pomponius 5. §. *cum in rem ff. de rei*
vindic. quia nomina propria mutabilia ſunt, 4
& à noſtro arbitrio pendent; *d. l.* 4. *ff. de*
leg. 1. tamen conſtanter veteres reſponde- 5
runt, inutile eſſe legatum, ſi teſtator erraverit in nomine appellativo. *d. l.* 4. *verſ. quod*
ſi quis. l. Labeo 7. §. *Servius. cum ſeq ff. de*
ſupellect. leg. l. ſi alii fundum ff. de uſ. & uſufr.
leg. Itaque ſi quis veſtem legare volens
ſupellectilem legaverit; vel aurum, putans
eo contineri electrum, & orichalcum; neque
veſtis, neque electrum, neque orichalcum
debebitur. Nam, ubi nulla eſt in verbis
ambiguitas, non eſt admittenda voluntatis
quæſtio. *l. ille, aut ille.* §. 1. *ff. de leg.* 3. *l.*
non eſt ferendus ff. de tranſact. l. quicquid. in
fin. ff. de V. O.

Contrarium tamen reſponſum videtur in
noſtra *l. ſi quis vinum ff. de vin. trit. & oleo* 6
legat. ubi ait, quod, licet vini appellatione
non contineatur zythum, camum, cerviſia,
hydromeli, cydoneum, defrutum; tamen
legato vino hæc omnia continebuntur, ſi
ea vini numero paterfam. habuit. Sola conjectura ducta ex uſu patrisfam. efficit, ut
vini nomine comprehendantur ea, quæ vina non ſunt.

Nec ſimile eſt, quod reſpondetur in *l. in-* 7
ter veſtem 33. *ff. de aur. & arg. leg.* ubi, qui
uti ſolet veſte muliebri, non videtur hanc
veſtem comprehendiſſe legato veſtis muliebris. Ideoque uſus teſtatoris prævalet rei veritati.

Non eſt, inquam, hoc ſimile: nam veſtis 8
virilis à muliebri ſolo uſu differt, non ſubſtantiâ: & quædam ſunt veſtes utriſque communes, & communes uſus facit. *l. veſtis* 23. §.
veſtimenta. cum ſeqq. ff. eod. At verò zythum,
cerviſia, & alæ hujus generis potiones ſub-

Digitized by Google

ſtantiâ differunt à vino, quam mutare non poteſt uſus, ac voluntas teſtatoris.

9 Sed animadvertendum eſt, quod, licet rerum vocabula ſint immutabilia, nec quiſquam videtur dixiſſe quod non ſuo nomine uſus eſt: tamen non adeo præfractè agendum eſt cum teſtatoribus, ut ad definitionem deſcendendum ſit, nec iis negandum ut ubuſivè loquantur interdum: *l. non aliter* 69. §. 1. *ff. de legat.* 3. *l. cogi* 16. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* maximè ſi utantur nomine generali, quod aliquo modo poſſit eam ſpeciem comprehendere, etſi minus propriè, & abuſivè. Sic permittimus teſtatori, ut abutatur nomine *uſus* ad ſignificandum uſumfructum; *l. Divus* 21. *in princ. ff. de uſu, & habit.* & abutatur nomine *tutelæ* ad ſignificandam curam; *l. Pater Severinam* 101. §. *conditionum ff. de condit. & dem.* & pubertatem vocet *minorem ætatem. l. cum filiofam.* 50. *verſic. ego quidem ff. de leg.* 3. Idque ſuadet tum rerum inter ſe ſimilitudo, tum generalis verbi ſignificatio. Nam & uſusfructus eſt quædam ſpecies uſûs: ac licet in jure differat uſus ab uſufructu, tamen negari non poteſt, quin & fructuarius verè utatur, & habeat pleniorem rei uſum. Et cura ſpecies tutelæ eſt: quia qui curat aliquid, etiam tuetur. Et minor ætas eſt pleniſſima pubertas.

10 Quibus probè conſtitutis facilis eſt, & prompta noſtræ legis explicatio. Vini duo genera ſunt: naturale, & factitium. Factitium non eſt verè, & propriè vinum: ſed tamen & habet vini ſimilitudinem, & vinum à multis appellatur, & pro vino bibitur à multis Nationibus. Quamobrem nulla cauſa eſt, cur vini appellatione non debeat comprehendi, ſi aliquâ conjecturâ poſſimus arguere mentem teſtatoris, illud legato comprehendere volentis.

Primùm igitur habet maximam vini ſimilitudinem. Tacit. *de moribus German. Potui humor ex hordeo, aut frumento, in quamdam ſimilitudinem vini corruptus.* Virgil. 3. *Georgic.* de Populis ad Septentrionem:

— — & pocula læti.
Fermento, atque acidis imitantur vitea ſorbis.

En zythum: en cydoneum, nempe vinum ex pomis confectum. Hydromeli quoque, ſeu aqua mulſa, ſeu aqua melle condita, ejuſdem modi eſt. De hac Plin. *lib.* 21. *cap.* 24. *Longâ tamen vetuſtate tranſit in vinum, ut conſtat inter omnes.* Ariſtotel. *de mirab. auſcult.* cujus verba Græca omittam, & Latinè vertam, ne faſtidium creem illis, qui Græca neſciunt. Ait igitur. *Ferunt Illyrios, quos Taulantios vocant, ex melle vinum conficere. Nam ubi favos expreſſerint, aquâ ſuperfuſâ coquunt in lebete, donec dimidium abſumatur: deinde fictilibus infundunt, & jam tum dulciſſimum ponunt in vaſis ligneis, in quibus longum tempus conſervant, & evadit omninò vino ſimile, cætera dulce, & ſincerum. Hoc idem in Græcia aliquando eveniſſe quidam ferunt, adeo ut à vino vetere nihil differret: ſed poſtea eamdem temperationem quærentes invenire non potuiſſe.*

Præterea hujuſmodi vina factitia à veteribus Auctoribus vina appellantur. Ita zythum definit Suidas: Ζῦθος, οἶνος ἀπὸ κριθῆς γενόμενος. *Zythum, vinum ex hordeo factum.* Tacit. *de morib. German. Diem noctemque continuare potando nulli probrum: crebræ, ut inter vinolentos, rixæ:* & deinceps: *Potui humor ex hordeo, & frumento, in quamdam vini ſimilitudinem corruptus.* Athenæus. *lib.* 10. *Deipnoſophiſt. in fin.* ait, *Ægyptios, qui ob egeſtatem vino carere cogebantur, excogitaſſe inopiæ ſolatium, & bibiſſe vinum ex hordeo confectum.* Et narrat, Ariſtotelem ſcripſiſſe, eos, qui vino temulenti ſunt, pronos in faciem vergere: eos autem, qui vino hordeaceo, in caput reſupinari. Ariſtot. *de mirab. auſcult.* Ἐν Ἰλλυρίοις φασὶ, τοῖς Ταυλαντίοις καλουμένοις, ἐκ τοῦ μέλιτος ποιεῖν οἶνον. *Ferunt apud Illyrios, qui Taulantii vocantur, ex melle fieri vinum.* Plin. *lib.* 14. *cap.* 17. *Fit vinum & ex aqua, ac melle tantum &c. hoc vocatur hydromeli, & vetuſtate ſaporem vini aſſequitur.* Et infrà: *Ex unguentis vina compoſita.* Et *lib.* 21. *cap.* 24. *Longâ tamen vetuſtate tranſit in vinum, ut conſtat inter omnes.*

Denique multæ Nationes his potionibus pro vino utuntur. Dioſcorid. *lib.* 2. *cap.* 110. Καὶ τὸ καλούμενον κοῦρμι, σκευαζόμενον δ' ἐκ τῆς κριθῆς,

Digitized by Google

κριθῆς, ᾧ καὶ ἀντὶ οἴνου πόματι πολλάκις χρῶνται. σκευάζεται καὶ ἐκ πυρῶν τοιαῦτα πόματα, ὡς ἐν πρὸς ἑσπέραν Ἰβηρίᾳ, καὶ Βρεταννίᾳ. *Et quod vocatur curmi, ex hordeo fit, quâ potione multis in locis pro vino utuntur. Fiunt & ex tritico hujus generis potiones, tum in Iberia, quæ vergit ad Occidentem, tum in Britannia.* Eſt autem hoc curmi id, quod in noſtra *l. ſi quis vinum ff. de vino trit. leg.* appellatur *camum.* Utrumque enim ſimile cerviſiæ, quæ ita vocata eſt à Cerere, id eſt fruge: eſt enim potio ex ſeminibus frumenti, vario modo confecta. Ita Iſidor. *lib.* 20. *cap.* 3.

D. Hieronym. in *Eſaïam cap.* 19. *Zythum genus eſt potionis, ex frugibus, aquâque confectum, & vulgò in Dalmatia Pannoniaque Provinciis gentili barbaroque ſermone appellatur Sabaïum: hoc maximè utuntur Ægyptii.* Utrumque verum: de nomine Ammian. Marcellin. *lib.* 26. *Eſt autem Sabaïa ex hordeo vel frumento in liquorem converſus paupertinus in Illyrico potus.* De Ægypto teſtatur Athen. loco ſuprà laudato: & verſus allatus à Columella:

Et Peluſiaci proritet pocula zythi.

Plin. *lib.* 22. *cap. ult. Ex iiſdem frugibus fiunt & potus: zythum in Ægypto: calia, & ceria in Hiſpania: cerviſia, & plura genera in Gallia, aliiſque Provinciis.* Id. *lib.* 14. *cap. ult. in fin. Eſt & Occidentis Populis ſua ebrietas fruge madidâ. Pluribus modis per Gallias, Hiſpaniaſque nominibus aliis, ſed ratione eadem. Ægyptus quoque è fruge ſibi potus ſimiles excogitavit: nullaque in parte mundi ceſſat ebrietas.* Viden', quot Nationes his potionibus pro vino uterentur? Ægyptus, Illyricum, Dalmatia, Pannonia, Gallia, Hiſpania, Britannia. De Gallia teſtatur etiam Diodor. *lib.* 5. ubi ait, quod, cùm ea regio propter aëris frigiditatem neque vinum, neque oleum producat, coacti fuerunt homines potum ſibi ex hordeo comparare, quem zythum appellant. Vix totidem Nationes repereris, quæ vino uterentur.

His potionibus pro vino utuntur etiam hodie multæ Nationes: ſed hæc ſcripſimus, ut oſtenderemus, non aliam fuiſſe eorum temporum conſuetudinem. Atque omninò mirandum eſt, quàm in bibendo ingenioſa eſſet illa ætas. Plin. *lib.* 14. *cap. ult. Quanto tamen in potu ingenioſior apparebit, ad bibendum generibus centum nonaginta quinque, ſi ſpecies verò æſtimentur, penè duplici numero excogitatis.* Nos etſi Indicas potiones accenſeamus, tamen ad hunc numerum non poterimus pervenire. Concludam adjecto lepidiſſimo epigrammate Juliani Imperatoris, quod eſt in libro primo *Anthologiæ*, & inſcribitur: *In vinum ex hordeo.* In eo Bacchum alloquitur Poëta, & ait, ſe quidem agnoſcere verum Bacchum Jovis filium; non autem hunc. Ille enim nectar olet: hic autem hircum. Hunc racemorum inopiâ confecerunt ex ſpicis Celtæ: quare potius *Demetrium* (hoc eſt à Cerere) appellandum eſſe ait, quàm *Dionyſum*: & ex frumento genitum, & *Bromum* potius, quam *Bromium.* Eſt autem bromus, avena.

Τίς; πόθεν εἶς Διόνυσε; μὰ γὰρ τὸν ἀληθέα Βάκχον
  Οὔ σ' ἐπιγιγνώσκω· τὸν Διὸς οἶδα μόνον.
Κεῖνος νέκταρ ὄδωδε, σὺ δὲ τράγον. ἦ ῥά σε Κελτοὶ
  Τῇ πενίῃ βοτρύων τεῦξαν ἀπ' ἀσταχύων.
Τῷ σε χρὴ καλέειν Δημήτριον, οὐ Διόνυσον.
  Πυρογενῆ μᾶλλον, καὶ Βρόμον, οὐ Βρόμιον.

Unde? quis es Dionyſe? ſatum Jove dicere Bacchum,
  Par eſt: Tu Bacchi nomen inane geris.
Hircum tu redoles, hic nectar: ſpicea Celta,
  Vitea cum nequeant, pocula, Teque bibunt.
Non Jovis, at Cereris ſobolem voco: Frugigenamque.
  Te docet, atque Bromum dicere, non Bromium.

Ad legem noſtram revertamur. Rectè in ea notat Ulpianus, ea omnia ex mente teſtatoris vini legato contineri, quæ pro hominum affectione, atque uſu, vini numero habentur. Convenit his illud Plinii *lib.* 14. *cap.* 10. *Non poſſunt jure dici vina, quæ Græci deuteria appellant. Cato: & nos loram maceratis aqua vinaceis; ſed tamen inter vina operaria numerantur.* Concurrit hic uſus, & affectio teſtatoris cum uſu, & affectione multarum Nationum: nec repugnat verbi ſignificatio, cùm plerique Auctores vini no-

O

men his potionibus accommodarint, ut demonſtravimus: & ideò ſecundum uſum teſtatoris vini nomen interpretari debemus. Plurimum enim in verbis interpretandis deferendum eſt uſui hominum, & conſuetudini quotidianæ. *l. ut Alphenus* 87. *ff. de V. S.* Eleganter juxta ac verè Horatius in *Art. poëtic.*

Multa renaſcentur, quæ jam cecidère, cadentque,
Quæ nunc ſunt in honore vocabula, ſi volet uſus,
Quem penes arbitrium eſt, & jus, & norma loquendi.

11 Itaque, licet chartis legatis libri non contineantur, tamen ſi aliquâ ratione argui poſſit, teſtatorem libros etiam voluiſſe legare, continebuntur legato, quia in uſu plerique libros chartas appellant. *l. librorum* 52. §. *quod tamen ff. eod.* Supellectilis quoque appellatione non continetur argentum: ſed quia luxus poſterioris ætatis, poſthabitâ priſcâ ſeveritate, argentum in ſupellectilem invexit; hic uſus, atque hic error jus facit, ut ait *JC. in l.* 3. §. *ult. in l. legata* §. 1. *ff. de ſupellect. leg.*

12 Antequam eam legem dimittamus, reliqua explicemus, quæ in ea occurrunt. Mulſum vino non continetur. Mulſum ex vino, & melle fit. *l. adeo* §. *cùm quis ex aliena ff. de acquir. rer. dom.* §. *cum ex aliena Inſtit. tit. de rer. diviſ.* Plin. *lib.* 22. *cap. ult.* Dioſcor. *lib.* 5. *cap.* 16. & alii. Itaque inter dulcia potius, quam inter vina numeratur. *l. ult. ff. de trit. vin. & ol. leg.* Fit enim mulſum duabus vini metretis, admixtâ unâ mellis. Dioſcor. *ibid.* Itaque ex parte tertia eſt mel.

13 Œnomeli autem vino continetur. Videntur hæc duo contraria. Nam mulſum, & œnomeli idem eſſe, norunt omnes. Mulſum Latinè, œnomeli Græcè dicitur: ſignificat enim vinum, melle mixtum. Sed non temerè Ulpianus addidit illa verba: *œnomeli, id eſt, dulciſſimum vinum*: ſcil. ut intelligeremus, eum non loqui de mulſo, ſed de vino dulciſſimo. Mulſum vini appellatione non continetur, quia tertiam partem mellis admiſcendo fit nova ſpecies; *l. adeò* 7. §. *cùm quis ex aliena ff. de acquir. rer. domin.* §. *cùm ex aliena Inſtit. tit. de rer. diviſ.* œnomeli continetur, quia vinum eſt, licet dulciſſimum. Atque ita appellatur non à mellis mixtione, ſed à mellis dulcedine, ac ſimilitudine. Hujuſmodi erat vinum Narborenſe dulciſſimum, quod fiebat ex uva pediculo in vite intorto. Plin. *lib.* 14. *cap.* 9. Quod autem hoc genus vini ſignificare voluerit Ulpianus, veroſimile eſt, quia illud conjunxit cum paſſo. Eſt autem paſſum, ut ait Nonius, *Vinum, quod ex uva paſſa cogitur.* Fiebat autem ex uva apiana, ſole adustâ, & leniter tuſa, ut ait Plin. *ibid.* Vide & Columell. *lib.* 12. *cap.* 39. ubi latè & explicatè docet, quomodo paſſum fiat. Virgil. *lib.* 2. *Georg.* Pſythiam vitem paſſo conficiendo utilem eſſe ait.

Et paſſo Pſythia utilior. —— ——

Et Plin. ibid. *Pſythium, & melampſythium* 14
paſſi genera ſunt. Rectè igitur hujuſmodi vinum comparatur ab Ulpiano cum œnomelite.

Poſſemus id etiam interpretari de vino,
cui admixtum eſt modicum mel, quod retinet 15
naturam, & appellationem vini, & à Dioſcoride *lib.* 5. *cap.* 15. appellatur vinum melitites: hoc eſt, vinum mellitum; & fit addito mellis congio ad quinque congios auſteri muſti, & ſalis cyatho. Sanè Martialis mulſo paſſum comparat in lemmate *Paſſum*:

Gnoſſia Minoæ genuit vindemia Cretæ.
Hoc tibi, quod mulſum pauperis eſſe ſolet.

Sicut ab Ulpiano œnomeli, & paſſum.

Acinaticum quoque ejuſdem generis eſt. Deſcribitur à Caſſiodoro *variar. lib.* 12. *ep.*
4. *Autumno lecta de vineis in pergulis domeſ-* 16
ticis uva, reſupina ſuſpenditur. Servatur in vaſis ſuis, thecis naturalibus cuſtoditur, rigeſcit, non liqueſcit ex ſenio: tunc fatuos humores exſudans magnâ ſuavitate dulceſcit. Trahitur ad menſem Decembrem, donec fluxum ejus Hyemis tempus aperiat: miroque modo incipit eſſe novum, quando cellis omnibus reperitur antiquum. Hyemale muſtum uvarum frigidus ſanguis, in rigore vindemia,

cruentus liquor, purpura potabilis, violeum nectar. &c.

Igitur hæc tria genera ſimilia ſunt, œnomeli, paſſum, acinaticum: fiunt enim ex uva, vel in ipſa vite, vel ad ſolem, vel frigore aduſtâ.

17 Defrutum autem non continetur, quia, ut ait Plin. *lib.* 14. *cap.* 9. *ingenii non naturæ opus eſt. Muſto ad tertiam partem menſuræ decocto, ſapa ad dimidiam, defrutum vocatur: omnia in adulterium mellis excogitata.*

CAPUT XIX.

Ad l. Labeo libro 45. ff. de contr. empt.

SUMMARIUM.

1 *Error in corpore vitiat obligationem. Secus tamen eſt, ſi error ſit in pecunia numerata, aut in acceſſorio.*

2 *Hunnii interpretatio ad* l. Labeo 45. ff de contr. empt. *rejicitur. Aurichalcum non differt ab orichalco. Scribendum ſit,* aut chalcum, *an* orichalcum. *Unde ita dictum ſit. Duæ ſpecies illius. Factitium quomodo fiat. Foſſile ubi reperiatur. Qua de cauſa accipiatur facilè pro auro n.* 4.

3 *Error in qualitate non vitiat venditionem.*

4 *Qualitatis nomine ſæpè materiam ſignificant veteres Juriſconſulti.*

5 *Error in materia vitiat venditionem; & ideò, ſi quis emat virginem pro puero, emptio non valet: ſecus eſt ſi emat mulierem pro virgine, n.* 6.

6 *Error in materia non vitiat contractus; ut pignus, & ſtipulationem.*

7 *Error in materia non vitiat emptionem, ſi non omninò ſit in materia erratum; ut ſi putetur aureum id, quod eſt inauratum.*

8 *Si altera alteri materia non ſit admixta, ſed eam cooperiat, error vitiat venditionem.*

9 *Cujacius in* l. Labeo 45. ff. de contr. empt. *rejicitur. Actio ex empto naſcitur emptione invalidâ exiſtente, ut conſequamur id, quod noſtra intereſt. Emptio invalida dici non poteſt, quando venditor tenetur ad præſtandam rem venditam, & emptor ad pretium.*

10 *Facti ſpecies de orichalco pro auro vendito in* l. Labeo 45 ff de contr. empt. *proponitur, & explicatur textus.*

11 *Aurichalcum ponitur adjectivè.*

1 ERror in corpore rei vitiat obligationem, cum conſenſum impediat, ſine quo contrahi non poteſt obligatio. *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *&* *l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 9. *ff. de contr. empt.* Error tamen in pecunia numerata non nocet: *l. quæ extrinſecus* §. 1. *ff. de V. O.* quia in ea non tam corpus ipſum monetæ conſideratur, quam valor, & æſtimatio. *l.* 1. *in fin. principii ff. de contr. empt.* Error quoque in re, quæ acceſſionis loco venditur, non vitiat venditionem: *l. ſi in emptione* 34. *ff. de contr. empt.* quia acceſſorium ſequitur naturam principalis. *c. Acceſſorium de reg. jur. in* 6. ſolus igitur error in corpore rei principalis, quæ non ſit pecunia numerata, vitiat contractum.

Contrarium ſuadere videtur Marcianus in *l. Labeo* 45. *ff. de contr. empt.* ibi: *Si vas aurichalcum pro auro vendidiſſet ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, præſtet.* Multis difficilis videtur hæc lex: ſed eſt etiam multò difficilior, quam ipſis videatur.

Reſpondit Hunnius, in hac lege erraſſe contrahentes non in corpore & ſubſtantia rei, ſed in qualitate materiæ: aurichalcum enim nihil aliud eſt, quam aurum chalco mixtum: ac proindè eſt aurum vilius, ſive impurum, & ære contaminatum: neque enim idem eſt autore Feſto aurichalcum, & orichalcum. 2

Falſa omnia. Falſum, quod differat aurichalcum ab orichalco. Falſum, quod aurichalcum ſit aurum vilius, & impurum, & ære mixtum. Falſum proindè, quod ibi erratum ſit in qualitate, non in materia, & ſubſtantia.

Aurichalcum non differt ab orichalco: & ſcribendum eſſe, *orichalcum*, Viri docti autumant. Certè Poëtæ non aliter ſcribunt. Horat. in *arte Poët.*

Tibia non, ut nunc, orichalco vincta. —

Virgil. *lib.* 12. *Æneid.*

Ipſe dehinc auro ſqualentem, alboque orichalco
Circumdat loricam humeris. —

Plaut. in *Pſeud.*

Dii Immortales! orichalco contra non carum fuit
Meum mendacium, hic modo quod ſubitò commentus fui.

O ij

Idem in *Curcul. ſcen.* Placidè:

Auro contra cedo modeſtum amatorem, à me aurum accipe.

Cedo mihi contra orichalco, cui ego ſano ſerviam.

Idem in *Milite glorioſ.*

Ego iſtos mores orichalco contra comparem. Cicero etiam *lib. 3. de offic. Si quis aurum vendens, orichalcum ſe putet vendere, indicetne ei vir bonus, aurum illud eſſe?*

Non tamen is ego ſum, qui, licèt putem ſcribendum eſſe *orichalcum*, negem nuſquam reperiri ſcriptum *aurichalcum*. Quamvis enim vox hæc non ſit compoſita ex voce *aurum* & χαλκὸς (cùm ferè ſit inauditum teſte Quintiliano *lib. 1. c. 9.* vocem componi ex duabus vocibus, quarum una Latina ſit, altera Græca) tamen mirandum non eſſet, ſi Plautus, aut aliquis eo antiquior, ſcripſiſſet *aurichalcum*, cùm apud Veteres facilè *au* in *o*, & *o* in *au* converteretur; & *orum* diceretur pro *aurum*, *orata* pro *aurata*, *aula* pro *olla*, *auſculor* pro *oſculor*. Sic ab iis dictum *caudex* & *codex*, *Claudius* & *Clodius*, *Caurus* & *Corus*, *plauſtrum* & *ploſtrum*, *auricilla* & *oricilla*, & hujus generis non pauca. Hujus vocis ſimilitudine decepti quidam putaverunt, ita nominatum fuiſſe ab auro, & ære; vel quod ſit aurum ære mixtum; vel quod auri colorem præ ſe ferat, & æris duritiem. Cæterùm vox hæc Græca eſt, ὀρείχαλκος, quæ ſignificat *æs montanum*. Heſiodi Interpres: Ὀρείχαλκος τὸ λευκὸν χάλκωμα, ὃ εὑρέσει γὰρ δείκνυται. ἄλλοι δὲ φασὶν, ὀρείχαλκον εἶναι ὕλην τινὰ μεταλλικὴν, χαλκοῦ τιμιωτέραν. *Orichalcum ſpecies æris alba, in montibus enim invenitur. Alii vero aiunt, eſſe quamdam materiam metallicam, ære pretioſiorem.* Auctor *Etymolog. magn.* Ὀρείχαλκος εἶδος ὕλης ἤτοι χαλκώματος, ἥτις νῦν οὐχ εὑρίσκεται. Ἄλλοι δὲ λέγουσιν, ὅτι χαλκός ἐστι διὰ τὸ τῷ νῷ δεικνύμενον λευκοῦ χαλκοῦ, οὕτως γὰρ ἐκβαφεὶς γίνεται, λευκός φησί. Heſychius definit ipſum materiam æri ſimilem: & Philoxenus, materiam metallicam, ære pretioſiorem. Apollonii Interpretes ita dictum putant ab Orco inventore. Suid. *æs ſplendidum: æs probatum.*

Conſtat igitur, quàm falſa ſit opinio illa, quæ ex corrupti nominis errore fluxit in vulgus, orichalcum eſſe aurum ære mixtum, eſſe aurum vilius, ut ait Hunnius. Idque præterea facilè poteſt hoc modo demonſtrari. Orichalci duæ recenſentur ſpecies, factitium, & foſſile. In orichalco factitio nuſquam aurum. Fit enim ex ære, cum quo Cadmea terra miſcetur. Ipſe Feſtus in voce *Cadmea. Cadmea terra*, inquit, *quæ in æs conjicitur, ut fiat orichalcum.* Strabo: *Apud Andeira lapis reperitur, qui exuſtus tranſit in ferri vim. Mox cum terra quadam in fornace concoctum pſeudargyrum exſudat. Dein ſi æri promiſceatur, fit orichalcum.* & idem *lib. 13. Geograph.* Hanc compoſitionem agnoſcit etiam Auctor *Etymol. loco ſupra allato.*

Orichalcum verò foſſile in India reperiri ſcribit Diodor. *l. 3. Biblioth.* & Plin *lib. 34. c. 2. Fit & ex alio lapide, quem chalciten vocant in Cypro, ubi prima fuit æris inventio: mox vilitas præcipua reperto in aliis terris præſtantiore; maximè orichalco, quod præcipuam bonitatem, admirationemque diu obtinuit, nec reperitur longo jam tempore effœtâ tellure.* Idem videtur confirmare Auctor *Etymol.* ut ſuprà; & Heſychius in voce ὀρείχαλκος. Servius ad verſum Virgilii ſuprà allatum: *Apud majores orichalcum pretioſius omnibus metallis fuit: namque, ſicut Lucretius dicit, cùm primùm homines ſylvas incendiſſent, nullarum adhuc rerum periti, terra caſu fertilis omnium deſudavit metalla, inter quæ orichalcum pretioſius viſum eſt, quod & auri ſplendorem, & æris duritiem poſſideret. Nam primùm ex auro ſecuris facta diſplicuit cauſâ mollitiei. Simili ratione & argenti contemptus eſt uſus: mox aurichalcum placuit, donec veniretur ad ferrum. Unde dicuntur ſæcula ita fuiſſe diviſa.* De orichalco Servii commentum eſt: aut hoc nomine ſignificare voluit ipſum æs, quod non credo. Certè Lucretius, quem laudat, hæc refert de ære, non de orichalco. Ejus carmina ſunt in *lib. 5. verſ. 1242.*

Quod ſupereſt æs, atque aurum, ferrumque, repertum eſt,
Et ſimul argenti pondus, plumbique poteſtas,
Ignis ubi ingentes ſylvas ardore cremarat,

Huic fabulæ fidem non videtur abnegare Poſidonius apud *Strabonem lib.* 3.

Et deinceps :

Nam fuit in pretio magis æs, aurumque jacebat
Propter inutilitatem hebeti mucrone retuſum.

Nuſquam orichalci mentio. Reperiri tamen orichalcum foſſile negat Ariſtoteles apud Apollonii Scholiaſten : & incerta Plinii fides, cum longo jam tempore neget reperiri, ut etiam confirmat Auctor *Etymol.*

Sed hoc non facit ad rem noſtram. Do enim reperiri orichalcum foſſile. Certè id erit quædam ſpecies metalli, aut quædam ſpecies æris colore aureo, aut ſpecies æris albi, ut arbitrantur Autores ſuprà laudati : non verò aurum ære mixtum, aurum vilius.

Falſum eſt igitur, errari in qualitate, quoties venditur orichalcum pro auro, ut in noſtra *l. Labeo.* Utique conſtat, errorem eſſe in materia, cum differat orichalci materia à materia auri. Poterat id Hunnius, ſi non ex peritia antiquitatis, ſaltem ex ipſa lege aſſequi. Si enim in ea lege fuiſſet erratum in qualitate, venditor non teneretur præſtare aurum, ſed aurichalcum ipſum, quod vendidit ; ac prætereà, quanto minoris venire ſolet orichalcum, quam aurum. *l. Julianus. in princ. ff. de act. empt. l. ſi ſterilis* 21. *§. quamvis ff. eod.* Valet enim venditio, cum in qualitate erratur, & venditor tenetur ad præſtandam rem venditam. *l. aliter. & l.*
4 *quid tamen* 14. *ff. de contr. empt.* Illud tamen eſt animadverſione dignum, quod nomine qualitatis materiam ſæpè ſignificant Veteres Juriſconſulti, ut in *d. l. ſterilis* 21. *§. quamvis ff. de act. empt.* & probari poteſt conferendo textum in *l.* 198. *ff. de V. S.* cum *l. ſi prædium C. de præd. minor.*

Sed qui fit, inquiet aliquis, ut tam facilè erretur inter orichalcum, & aurum, ſi non in ſola qualitate, ſed in materia differunt ? Certè Cicero, ut proponat exemplum probabilis erroris, ſupponit vendi aurum pro orichalco : & Labeo hîc vendi orichalcum pro auro. Dicam, ut res eſt. Facile obrepit hic error aurei coloris cauſâ, quem præ ſe fert orichalcum teſte Servio, Feſto, Iſidoro, & aliis. Nec ſolum aureum colorem habet, ſed & ſplendidum, qualis auri eſſe ſolet. Quare Græci Poëtæ orichalcum ſemper appellant ſplendidum. Heſiod.

— κνημῖδας ὀρειχάλκοιο φαεινοῦ.

& Apollonius :

Λαμπτὴν δ' ἐπὶ βυσσὸν ὀρειχάλκοιο φαεινοῦ
Πάλλεν ὑποδδείσασα καλυβεῖσα. —

Hinc fortaſſè Virgilius orichalcum dixit *album*, quaſi ſplendidum : vel potius, quia color ejus albicat aliquantum, & ab Heſiodi Scholiaſte, & Auctore *Etymolog. magni* vocatur *album æs* : & harum rerum periti aiunt, pretioſius eſſe orichalcum album. Eſt igitur ſimile auro orichalcum, ut in voce ὀρείχαλκος ait Heſychius, atque inde ejus valor immodicus, ut conſtat ex Plauti verſibus ſuprà allatis, hinc etiam facilis error.

His præmiſſis facilis eſt reſponſio. Ea lex 5
non pertinet ad quæſtionem noſtram ; neque enim ibi agitur de errore in corpore rei, ſed de errore in materia, qui longè differt.

Sed Charybdin declinantes incidimus in Scillam incauti. Pone erratum fuiſſe in materia : certè nihilominus emptio erit irrita. Error enim in materia vitiat emptionem. *l. in venditionibus. §. ult. l. quid tamen ff. de contr. empt. l. ſi ſterilis. §. quamvis ff. de act. empt.* ubi legendum eſt, *emptionem non eſſe*, ne ſit contraria *l. in venditionibus ff. de contr. empt.* licet in *Pandectis Florentinis* negatio deſit.

Quoniam verò hoc argumento conjicimur 6
in aliam quæſtionem, de hac quoque pauca delibemus. Error in materia non vitiat contractus. *l. ſi id quod aurum* 22. *ff. de V. O. l.* 1. *ff. de pign. act. l. cum æs ff. de furt.* Vitiat tamen emptionem, & venditionem. *d. l. ſi in venditionibus*, cum aliis ſimilibus. Ratio hæc afferri ſolet, quod in aliis contractibus, ut in ſtipulatione, in pignore, intereſt creditoris valere contractum, & non eſſe irritum. Si enim fuerit irrita ſtipulatio, vel pignus, nec aurum habebit creditor, cujuſmodi putabat eſſe illud corpus ; nec æs, quod re verâ eſt. Intereſt igitur ejus, potius

Digitized by Google

æs habere, quam neutrum. In emptione longè aliter ſe res habet. In hac ſolvendum eſt à venditore pretium: proptereà ejus intereſt emptionem non valere, ne pretio auri emat æs: quo fit, ut nullum in corpore æris conſenſum præſtitiſſe conjecturâ aſſequamur, quia aliud pretium in ære conſtituiſſet. Adeo autem hic error vitiat, ut, ſi quis virginem pro puero emerit, emptio non valeat: licet valeat, ſi quis mulierem pro virgine emat: *l. alioquin* § *1. ff. de contr. empt.* quia ille errori materiæ comparatur, cùm ſit error in ſexu; hic verò comparatur errori qualitatis. Mulier enim à virgine ſolum qualitate differt, & eſt paulò vilior. Imò cùm virgo à vigore, vel viridiore ætate dicta ſit, ut putat Iſidorus, ac Feſtus; & quædam nuptæ eamdem ætatis viriditatem, floremque, & vigorem præ ſe ferant; ſæpè etiam mulieres appellantur virgines. In jure noſtro Ulpianus nos docet, mulieres appellari etiam virgines. *l. argumento.* § *muliebri ff. de auro, arg.* Virgilius Paſiphaën virginem appellat, cum jam peperiſſet tres filios, Phædram, Ariadnam, & Androgeum:

Ah virgo infelix! quæ te dementia cepit!

& rurſus:

Ah virgo infelix! tu nunc in montibus erras.

Horatius de Clytemneſtra:

—— —— *Et in omne virgo*
Nobilis ævum.

Euripides in *Ione*: παρθένος τεκοῦσα *Virgo parturiens*, & Terentius in *Hecyra* Philumenam poſt partum virginem appellat. Philo περὶ ἀσιγων. Εὔγε ν παρθένον. *Fæcundam virginem.* & Heſychius Evam appellat primam virginem.

7 Animadvertendum tamen eſt, quod, etſi error in materia vitiet emptionem, valet tamen emptio, ſi non omninò in materia ſit erratum; ut ſi putetur aureum id, quod eſt inauratum; argenteum id, quod eſt inargentatum: *l. quid tamen ff. de contr. empt.* cùm materies illa, in qua convenitur, ſit admixta atque infuſa illi, in qua erratur. Illa enim quodammodo hanc ad ſe trahit, & hæc ejus naturam induit ac ſequitur, quod poteſt rectè explicari exemplo confuſionis, tradito *in* §. *ſi duorum Inſt. tit. de rer. div.* Ex *d. l. quid tamen ff. de contr. empt.* obſervandum eſt, quod, ſi orichalcum eſſet aurum ære mixtum, valeret emptio.

Quod ſi altera alteri materiæ non ſit admixta, atque infuſa, ſed alia ab alia cooperiatur; ut, ſi menſa lignea cooperta ſit laminâ argenteâ, & putetur ex ſolido argento confecta; emptio nulla erit. *l. cum ab eo* §. *ult. ff. de contr. empt.* Operimentum enim non eſt menſæ pars, ſed ejus acceſſorium: quamobrem non poteſt menſam in ſuam naturam convertere, ſed potius ipſum ſequitur naturam menſæ. 8

His delibatis, redeamus ad noſtrum argumentum, à quo fortaſsè paulò longius digreſſi ſumus. Si in *d. l. Labeo* erratum eſſet in materia, non valeret emptio, & tamen ibi emptio valet. Negat hoc doctiſſimus Cujacius: putat enim, ibi nullam eſſe emptionem, moneteque, nos moveri non debere, quod ex ea emptione naſcatur actio ex empto, etiamſi emptio nulla ſit. ad *text. in l. qui officii 62.* §. *1. ff. de contr. empt. in l. ſi ſterilis* §. *quamvis ff. de act. empt.* 9

Ego tamen doctiſſimo Viro aſſentiri non poſſum. Duo ſunt, quæ animum meum à ſententia ejus abducunt. Primùm, emptio illa comparatur cum emptione, in qua vendita erant veſtimenta interpola pro novis, quam valere nemo dubitat. Prætereà quoties venditor tenetur præſtare id, quod vendidit, non poteſt eſſe irrita emptio: ſi enim dicamus non valere emptionem, in qua venditor tenetur ad præſtandam rem venditam, & emptor ad præſtandum pretium, nulla emptio valebit: cùm in omni emptione nullo alio modo emptor, & venditor obligentur. Planè aliquando naſcitur actio ex empto, etiamſi emptio non valeat; ſed ideò, ut eâ actione conſequi poſſimus id, quod noſtrâ intereſt deceptos non fuiſſe; non ut conſequamur rem venditam, ex adductis legibus, & ex §. *ult. Inſt. tit. de empt. & vendit.* At verò in *d. l. Labeo*, tenetur, & conveniri poteſt venditor ad præſtandam rem venditam, non ad id, quod intereſt.

Quò accuratius eam legem perpendo, eò

Digitized by Google

magis mihi monſtri inſtar eſſe videtur, quod in ea continetur. Si valet emptio, præſtandum eſt orichalcum, non aurum; vendidit enim orichalcum pro auro; ſi emptio non valet, præſtandum eſt pretium, aut quanti intereſt; non aurum, aut orichalcum. In ea autem lege nec orichalcum præſtandum eſt, nec quanti intereſt; igitur nec valet, nec non valet emptio; quod fieri non poteſt. Rurſus, ſi ibi proponitur venditum orichalcum, quomodo poteſt teneri venditor, ut præſtet aurum, quod vendidit? Si vendidit orichalcum, non vendidit aurum; ſi aurum vendidit, non vendidit orichalcum pro auro. Negari non poteſt, pugnare inter ſe verba Juriſconſulti.

Dum videor huic legi inextricabilem errorem affingere, eò magis rem expedio. Fingendus eſt enim caſus, cui conveniant hæc omnia: videlicet in quo valeat emptio, & tamen venditor non teneatur præſtare orichalcum, quod vendidit; ac rurſus in quo vendiderit orichalcum pro auro, ſed tamen vendiderit etiam aurum: atque ita, ut non teneatur præſtare orichalcum, ſed aurum.

10 Species, quam quærimus, hæc eſt. Quidam habebat duo vaſa ejuſdem magnitudinis, figuræ, eodem artificio elaborata, alterum ex orichalco, alterum ex auro. Putabit utrumque aureum eſſe. Quidam cùm ea videret, & aurea judicaret, emit unum ex his, &, ut plerumque fit, non demonſtravit, ac deſignavit, quodnam emeret, cùm ſimilia eſſent. Sed ita emit: *Unum ex his vaſis aureis mihi emptum eſt aureis tot.* Ubi de pretio convenerunt, venditor ei tradidit vas illud, quod factum erat ex orichalco, vel emptor ipſe ultrò accepit. De hac ſpecie quæritur in *d. lege*: huic enim conveniunt ea omnia, quæ in *d. lege* ſupponuntur. Valet enim emptio: cùm enim emptum ſit vas in genere, nullus error in contrahenda emptione intervenit, qui eam vitiare poſſit. Si enim omnia vaſa eſſent ex orichalco, utique non valeret emptio propter errorem in materia: ſed cùm inter ea vaſa ſit aliquod vas aureum juxta mentem contrahentium, utique emptio valet. Rurſus ita valet emptio, ut venditor teneatur præſtare vas aureum, licet vendiderit orichalcum pro auro. Utrumque enim vas fuit in venditione, & obligatione, ut uſu venire ſolet in omni obligatione generis: *l. Mævius. §. non idem ff de leg. 2. l. ſi duo. l. 28. ff. de V. O. l. ait Prætor. §. etſi ſine ff. de minor. l. 3. qui & à quibus*: ſeu potius incertum vas erat in obligatione. *l. ubi autem. in princ. ff. de verb. oblig.* Ex ſolutione autem apparere deberet, quodnam ex illis vaſis venditum ſit: ita ut, ſi utrumque vas eſſet aureum, illud venditum intelligeretur, quod traditum eſt. Verumtamen in noſtra ſpecie, cùm mens contrahentium ſit, ut vendatur vas aureum, licet aliud traditum ſit, tamen re verâ venditum intelligitur vas aureum, idque à venditore præſtandum eſt. Rectè igitur ait Juriſconſultus: *Si quis vas aurichalcum pro auro vendidit.* Utique enim vendidit vas aurichalcum: qui enim vendit unum ex pluribus vaſis, illud cenſetur vendidiſſe, quod ſolvit. Poſtea ſubjicit: *tenetur, ut aurum, quod vendidit, præſtet.* Et hoc etiam rectè. Nam cùm in vaſe ſoluto erratum ſit, & conſtet vas ſolutum non eſſe aureum, ut putabatur; jam conſtat in eo emptionem conſiſtere non poſſe: ac propterea re verâ propter errorem, non vas, quod ſolutum eſt, ſed alterum vas aureum venditum eſt, & ad illud præſtandum tenetur venditor. Vas aurichalcum eſt in venditione, tum quia continetur in genere vendito, tum quia fuit ſolutum ex cauſa venditionis. Vas aureum eſt in venditione, tum quia etiam ipſum eſt in genere vendito, tum quia tale eſt, quale volebant eſſe contrahentes. Illud non rectè præſtatur, quia quoad ipſum, erratum eſt in materia, cùm ſit ex aurichalco Hoc præſtandum eſt, quia eventus declaravit, in hoc erratum non fuiſſe, cum ſit aureum, cujuſmodi eſſe debebat ex mente contrahentium.

Pro coronide notanda ſunt verba Juriſconſulti: *Vas aurichalcum.* Ponitur hîc adjectivè, ut ſæpè à Græcis. Obſervare id potes apud Suid. *κώθωνας ὀρειχάλκους.* & *ὀρειχαλκοτύλη.* 11

CAPUT XX.

Ad §. eſt autem litus Inſt. tit. de rer. diviſ.

SUMMARIUM.

1 *Litoris definitio.*
2 *Æſtus Maris quando exiſtat maximus.*
3. *Hiems non ſolum ſignificat anni tempus, ſed etiam tempeſtatem Ventorum, & Maris.*
4 *Hibernus fluctus accipitur à Juſtiniano pro fluctu, qui in tempeſtate excitatur.*
Arcturus maximas excitat tempeſtates, & quando oriatur.
5 *Explicatur* L. Litus 112. ff. de Verb. Sign. *& quid ſignificet vox* æſtus *&* exæſtuo.

1 MEmoriæ proditum eſt, Scipionem Africanum ac Lælium in litore Maris conchas,& umbilicos legentes honeſto otio fuiſſe delectatos. Nos quoque deambulantes in litore Maris, ex amœnioribus litteris aliquid decerpamus, quod nobis facem præferat ad leges noſtras explicandas, & litoris fines conſtituendos. Admonemur enim à Quintiliano, ut verborum proprietatem accuratè inquiramus, cùm hoc à veteribus Juriſconſultis factum ſit, licet in litore definiendo tranſlatione fuerint uſi. Is *lib. 5. cap. ult.* ait: *Etiam ipſi Juriſconſulti, quorum ſummus circa proprietatem verborum labor, litus eſſe audent dicere, quà fluctus alludit.* Galli Aquilii eſt hæc definitio. Cicer. in *Topic. Litus ſolebat Gallus Aquilius per tranſlationem definire, quà fluctus eluderet.* Noſtri autem Juriſconſulti hanc tranſlationem rejecerunt, & noluerunt recedere à proprietate verborum. Celſus *l. Litus 96. ff. de V. S. Litus eſt, quouſque maximus fluctus à Mari pervenit: idque M. Tullium aïunt, cùm Arbiter eſſet, primùm conſtituiſſe.* Legiſlator noſter Juſtinianus paulum mutavit hanc definitionem in *§. eſt autem litus Inſt. tit. de rer. diviſ. Eſt autem litus Maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.* In hac definitione explicanda mihi non ſatisfaciunt Viri doctiſſimi, qui hibernum fluctum eum eſſe tradunt, qui æſtu reciprocante accedit, ac recedit; eumdemque eſſe maximum, quia Hieme maximi fiant æſtus.

Numquam huic explicationi acquieſcere 2
potui, ne quidem tum, cùm in ſcholis agebam, & elementa Juris accipiebam. Neque enim ignorabam, falſiſſimum eſſe, maximos æſtus hiberno tempore contingere, niſi cum Poſidonio errare velimus potius, quam cum omnibus aliis, & cum ipſa rerum natura benè ſentire. Strabo *lib. 3. circa fin. Gaditani Poſidonium in errorem adduxerunt, qui ei renunciarunt circa Brumam, & Solſtitium maximos æſtus fieri, minimos in duobus Æquinoctiis. Itaque maximi æſtus ſunt in duobus Æquinoctiis, minimi Brumâ atque Solſtitio.* Plin. *lib. 2. cap. 97. Augentibus ea cuncta ſolis annuis cauſis, duobus Æquinoctiis maximè tumentes, & autumnali amplius, quam verno; inanes verò Brumâ, & magis Solſtitio.* Senec. *Nat. Quæſt. lib. 3. cap. 27. Ergò ut ſolet æſtus æquinoctialis ſub ipſum Lunæ, Soliſque coïtum omnibus aliis major undare.* Tacit. *lib. 1. Annal. Vitellius primum iter ſiccâ humo, aut modicè adlabente æſtu, quietum habuit. Mox impulſu Aquilonis, ſimul Sidere Æquinoctii, quo maximè tumeſcit Oceanus, rapi, agique agmen: & opplebantur terræ. Eadem freto, litori, campis facies.* Igitur verba illa definitionis ad æſtum marinum referre non poſſumus, qui minimus eſt Hieme: præſertim quia in Mediterraneo maxima pars litoris æſtu caret, qui ſenſu percipiatur, ut teſtatur Ricciol. *Al. mag. nov. part. poſter. lib. 9. ſection. 4. cap. 16.* & doctiſſimus Galilæus noſter *in dialog. 4. de ſyſtem. mund.* & probabile eſt ſuam definitionem noſtro Mari accommodaſſe Legiſlatorem, non Oceano.

Exiſtimo ego, fluctum hibernum ſignifica- 3
re fluctum tempeſtate agitatum, nec ad Anni tempus, ſed ad tempeſtatem Maris id eſſe referendum. *Hiems* non ſolum dicitur Anni tempeſtas, ſed etiam tempeſtas imbrium, Ventorumque, & tempeſtas Maris irati. Plinius: *Hæc cùm ſereno Cœlo apparere deſierit, atrox hiems ſequitur.* Virgil. *lib. 1. Georgic.*

Nec nocturna quidem carpentes penſa puellæ,
Neſcivere hiemem. — —

Et

Et ibid.

—— —— ita turbine nigro
Ferret hiems culmumque levem, ſtipulaſque volantes.

Sic & apud Græcos vox χειμὼν non ſolum Anni tempus, ſed & vim Ventorum, & imbrium ſignificat. Itaque quod de apibus tradidit Ariſtoteles: Προγινώσκουσι ἢ καὶ χειμῶνα, καὶ ὕδωρ, Plinius Latinè reddidit: *prædivinant Ventos imbreſque.* Et quod in Geopon. eſt χειμῶνα σημαίνει, apud Plinium eſt: *Ventos, & imbres præmonet.* Et Aratus ſæpè utitur hac voce ad ſignificandam vim Ventorum; & imbrium.

Præterea *hiems* dicitur tempeſtas procelloſi Maris. Virgil. *lib.* 3. *Æneid.*

Tum mihi cæruleus ſuprà caput adſtitit imber,
Noctem, hiememque ferens; & inhorruit unda tenebris.

Idem *lib.* 1. *Æneid.*

Jam validam Ilionei navem, jam fortis Achatæ,
Et quâ vectus Abas, & quâ grandævus Aletes,
Vicit hiems. —— —— ——

Et *in* 2. *Æneid.*

—— —— ſæpè illos aſpera Ponti
Interclusit hiems, & terruit Auſter euntes.

Statius *lib.* 3. *Sylv.* 2.

—— —— Viſis tumuerunt puppibus undæ,
Inque hominem ſurrexit hiems. ——

Et *lib.* 3. *Sylv.* 5. etiam incendium erumpens ex Veſuvino vertice *hiemem* audet appellare:

Non adeo Veſuvinus apex, & flammea diri
Montis hiems trepidas exhauſit civibus urbes.

Hinc derivatæ ſunt voces hibernus, hiemans, hibernare, quæ omnes de Mari tempeſtatibus agitato dicuntur. Perſ. *Satyr.* 6.

—— Mihi nunc Ligus ora
Intepet, hibernatque meum Mare. ——

Intepet, & hibernat, cùm ventis, & tempeſtatibus agitatur. Cic. *de natur. Deor. lib.* 2. *Atque etiam Maria agitata ventis ita tepeſcunt, ut intelligi poſſit, in tantis illis humoribus incluſum eſſe calorem: nec enim ille externus, & adventitius habendus eſt, ſed ex intimis Maris partibus agitatione excitatus.* Tibullus *lib.* 2. *Eleg.* 6.

Claudit & indomitum moles Mare, lentus ut intra
Negligat hibernas piſcis adeſſe minas.

Arcturus apud Plaut. *in Rudent. in Prolog.*

Increpui hibernum, & fluctus movi maritimos.

Et ne quis putet has voces in uſu eſſe ſolummodo apud Poëtas, Plin. *lib.* 9. *cap.* 22. *Octobri ferè menſe, autumnali ſidere hiemante lacu.* Senec. *epiſt.* 114. *Dixit Salluſtius aquis hiemantibus.* Arruntius in primo belli Punici ait: *Repentè hiemavit tempeſtas.* Et alio loco: *Inde ſexaginta onerarias leves præter militem, & neceſſarios nautarum, hiemante Aquilone miſit.* Petron. Arbit. *Satyr. Utinam me ſolum inimicus ignis hauriret, utinam hibernum invaderet Mare.* Sic & apud Græcos χεῖμα & χειμὼν ſignificat Maris tempeſtatem: & νῆες χειμασθεῖσαι dicuntur naves tempeſtate jactatæ, atque diſperſæ, à Thucydide *lib.* 3. *&* 8. *hiſtor.*

Quemadmodum igitur Salluſtius dixit: *aquas hiemantes*, & Petronius *hibernum Mare*, & Tibullus *hibernas minas*; ſic Juſtinianus noſter dixit *hibernum fluctum*; nempe fluctum tempeſtate agitatum. Poſſet etiam quis id referre ad Anni tempus, quia Hieme ſunt maximæ tempeſtates: ſed minus eleganter, ac minus etiam rectè. Etenim non ſemper Hieme maximæ tempeſtates excitantur. Certè Arcturus exiſtimatur omnium Siderum acerrimum eſſe ad ciendas tempeſtates. Sic ipſe loquitur apud Plaut. *in Rudent.*

Increpui hibernum, & fluctus movi maritimos.
Namque Arcturus ſignum omnium ſum acerrimum.
Vehemens ſum exoriens, cùm occido, vehementior.

Oritur autem Arcturi ſidus ante Æquinoctium autumnale. Plin. *lib.* 2. *cap.* 47. *Sidus Arcturi, quod exoritur undecim diebus ante Æquinoctium Autumni.* Columell. *lib.* 11. *cap.* 2. *Nonis Septembris Arcturus exoritur.*

Digitized by Google

Itaque etiam Autumno poteſt contingere maxima tempeſtas: ac propterea definitio illa nec ſatis aptè, nec ſatis dilucidè aperiet naturam rei, quam definit. Sed tamen omnis interpretatio verior, & probabilior eſt ea, quæ communiter traditur de æſtu marino.

Doctiſſimis Viris, ut opinor, impoſuerunt verba Javoleni in *l. litus* 112. *ff. de verb. ſig. Litus publicum eſt eatenus, quà maximè fluctus exæſtuat*. His perſpicuè videtur indicari æſtus Maris. Sed non ita eſt. Hac voce utuntur Latini ad deſcribendas tempeſtates. Virgil. *lib.* 3. *Georgic.*

Fluctus ut in medio cœpit cùm albeſcere ponto
Longius, ex altoque ſinum trahit, utque volutus
Ad terras immane ſonat per ſaxa, nec ipſo
Monte minor procumbit: at ima exæſtuat *unda*
Verticibus, nigramque altè ſubjectat arenam.

Plin. *lib.* 37. *cap.* 2. *de electro*: *Oceano id exæſtuante ad Pirenæi Promontorium ejici.* Exæſtuare & fervorem, & fragorem etiam indicat. Virgil. *de Ætna*:

— liquefactaque ſaxa ſub auras
Cum genitu glomerat, fundoque exæſtuat imo.

Utrumque autem proprium eſt tempeſtatis. Fragorem, & ſonitum in tempeſtatibus nemo non audivit. Fervor quoque tempeſtati tribuitur. Itaque apud Euſtath. *lib.* 5. *Odyſſ.* Dorion quidam irridet ineptum Poëtam, frigidè tempeſtatem deſcribentem; & ait ſe vidiſſe multò majorem tempeſtatem excitari in patella bulliente. Unde Græci quoque utuntur ſimili verbo in deſcribendis tempeſtatibus. Calab. *lib.* 2.

— ἠΰτε κύματα ἐκ Βορέαο θυέλλης
Πολλ' ἐπιπαφλάζοντα κυλίνδεται αἰγιαλοῖσι.

Homer. *Iliad. lib.* 14.

— ἐν δέ τε πολλὰ
Κύματα παφλάζοντα πολυφλοίσβοιο θαλάσσης
Κυρτὰ φαληριόωντα πρὸ μέν τ' ἄλλ' αὐτὰρ ἐπ' ἄλλα.

Ab utroque Poëta dicuntur κύματα παφλάζοντα, hoc eſt, *fluctus exæſtuantes*. Et Euſtath. ad hos Homeri verſus obſervat vim, & venuſtatem verbi, quod non ſolum fervorem demonſtrat, ſed etiam fragorem, & ſtrepitum Maris agitati, quod elegantiſſimè expreſſit Virgilius verbo *exæſtuandi*, & noſter Javolenus in *d. l. litus ff. de V. S.* quà maximè fluctus *exæſtuat*: quod eleganter dictum eſt, & non ſine figura, quaſi dicat: quò excurrit fluctus exæſtuans, hoc eſt, tempeſtate agitatus. Et hanc eſſe ſententiam Juriſconſulti in *d. l. litus publicum* 112. *ff. de V. S.* conſtat ex verbis, quæ ſubjiciuntur: *Idemque juris eſt in lacu, niſi is totus privatus eſt.* Lacus quoſdam tempeſtatibus agitari, certum eſt. Plin. *lib.* 9. *cap.* 22. *Octobri menſe, autumnali ſidere, ut palam eſt, hiemante lacu. Autumnali ſidere*: nempè Arcturo, qui maximas excitat tempeſtates, ut ſuprà diximus. At verò lacus æſtu, acceſſuque ac receſſu reciproco, ſicut Mare, non moventur. Idem *lib.* 2. *cap.* 97. ubi de æſtu marino: *Qua de cauſa nec lacus, nec amnes ſimiliter moventur.* Quamobrem verba Javoleni non poſſunt referri ad æſtum, ſed ſolum ad tempeſtatem: quâ lege maximè noſtra ſententia confirmatur.

CAPUT XXI.

Ad §. ſi communi 4. Inſt. tit. de injur.

SUMMARIUM.

1 *Servis injuria non fit, ſed ſi ea atrocior ſit, domino infertur, & ipſi actio injuriarum acquiritur.*

2 *Æſtimationem injuriæ ſervo communi factæ quiſque ex dominis pro dignitate ſua facit: Judex verò condemnat pro portione cujuſque ex dominis. Conciliatur §. ſi communi* 4. Inſt. Tit. de Injur. *cum l. ſed non eſſe* 16. ff. de Injur. *& n.* 3. *&* 4.

3 *Æſtimatio facta ab uno ex dominis, ſi referatur ad æſtimationem alterius, non eſt pro portione dominii; ſi verò referatur ad ejuſdem domini æſtimationem, quæ facienda fuiſſet, ſi in ſolidum dominus fuiſſet, ea non eſt facta pro majore parte, quam pro qua dominus eſt.*

4 *Æſtimatio in* l. ſed non eſſe 16. ff. de Injur. *comparatur cum æſtimatione quæ facienda eſſet, ſi eſſet dominus in ſolidum. Contrà in* d. §. *ſi communi* 4. *comparatur cum æſtimatione alterius domini.*

5 *Vox* quiſque *aptiſſima eſt ad comparandum unum cum alio.*

6 *Si teſtator inſtituerit filium naſciturum ex beſſe, & ex reliqua parte uxorem; ſi verò filia naſceretur, eam inſtituerit ex triente, & ex reliqua parte uxorem; natis filio, & filia hæreditas dividitur in ſeptem partes, quarum una danda eſt filiæ, duæ uxori, quatuor verò filio. Explicatur l. ſi ita ſcriptum* 13. ff. de liber. & poſt.

7 *Si teſtator inſtituerit filium, qui naſcetur, ex beſſe, & ex reliqua parte uxorem; ſi vero filia naſcatur, inſtituerit eam ex quadrante, & ex reliqua parte uxorem; natis filio & filia hæreditas dividitur in decem partes, quarum una filiæ danda erit, tres uxori, & ſex filio.*

8 *Regula, quâ dividenda eſt hæreditas in caſibus n. 6. 7. allatis.*

1 SErvis injuriam non fieri conſtat; ſed ſi quid atrocius adverſus eos tentatum ſit, quod in contumeliam domini redundet, ipſi domino injuriam fieri, ipſum actionem habere ad injuriam vindicandam §. *ſervis autem Inſt. tit. de injur. l. item apud Labeonem* 15. §. *pen. ff. de injur.* Quod ſi ſervus plures dominos habeat, omnibus actio injuriarum eſt concedenda. *d. l. item* 15. §. *ult.* Sed quomodo ſit æſtimanda injuria, an pro portione, quam quiſque habet in ſervo, an pro dignitate cujuſque domini; in hoc nutant ferè omnes Interpretes. Videntur enim duæ leges inter ſe diſcrepare. Juſtin. in §. *ſi communi.* 4. *Inſt. tit. de injur. ſi communi ſervo injuria facta ſit, æquum eſt, non pro ea parte, qua dominus quiſque eſt, æſtimationem injuriæ fieri; ſed ex dominorum perſona: quia ipſis fit injuria.* Contrà Paulus *in l. ſed non eſſe* 16. *ff. de injur. ſed non eſſe æquum pro majore parte, quam pro qua dominus eſt, damnationem fieri, Pedius ait: & ideo officio Judicis portiones æſtimandæ ſunt.*

Cùm puer adhuc primis Juris præceptis erudirer, & audirem has leges à doctiſſimis Viris omninò contrarias exiſtimari; ab aliis multa fingi, aut inepta prorſus, aut à vero non parum abhorrentia; ſatis mirari non poteram eorum ſollicitudinem, qui nodum in ſcirpo mihi quærere videbantur. Et cùm eo tempore mathematicis diſciplinis ſedulam operam darem, quibus me multum operæ ac temporis impendiſſe non pœnitet, multa ex libris Geometrarum deprompta exempla, atque demonſtrationes afferre ſolebam, quibus oſtenderem eamdem eſſe diviſionem à Paulo, & à Juſtiniano factam, eamdemque injuriæ æſtimationem. Sed quoniam his modo ſuperſedendum eſt, ne ſtomachum moveam Juriſconſultis noſtris, nimio plus delicatis, & has artes faſtidientibus, idcircò aliâ viâ aggrediar ad has leges explicandas.

Quantum alii laborant, ut has leges inter ſe concilient, tantum ego, ut intelligam, 2
quomodo inter ſe diſſideant. Ait Juſtinianus, æſtimationem injuriæ factæ ſervo communi faciendam ex perſona dominorum, non pro parte, quâ quiſque dominus eſt. Ait Paulus, condemnationem non eſſe faciendam pro majore parte, quam pro qua quiſque dominus eſt. Non ſunt hæc contraria, ne quidem ſi velis. Æſtimatio injuriæ, non eſt condemnatio. Injuriam æſtimat, qui læſus, & injuriam paſſus eſt. § *pœna Inſt. tit. de injur. l. item apud.* 15. §. *itaque Prætor ff. eod.* Condemnat autem Judex. *l. ult. C. de injur. lib.* 9. Injuriam æſtimat læſus, quanti voluerit: condemnat Judex, quanti ipſi viſum fuerit. §. *pœna Inſt. tit. de injur.* Non ſunt igitur contraria hæc: dominus æſtimat injuriam pro ſua dignitate, non pro parte, quâ dominus eſt: Judex condemnat reum pro parte, pro qua dominus eſt. Patritius, aut Senator, qui ſervi pro dimidia parte dominus eſt, æſtimat injuriam ſervo factam mille aureis: Judex condemnat reum in quingentos, quia non totius ſervi dominus eſt, ſed pro dimidia. Plebejus, qui dominus eſt alterius partis ſervi, injuriam æſtimat centum aureis: Judex condemnat reum in quinquaginta, quia non totius, ſed dimidii ſervi dominus eſt. Uterque rectè æſtimavit, quia cùm utrique injuria facta ſit, §. *ſi communi. in fin. Inſt. h. tit.* & ſua cujuſque injuria propriam æſtimationem habeat, *l. cum quis. in* §. *ſi nupta ff. de injur.* uterque in æſtimanda injuria ſuæ dignitatis debet habere rationem. *l. ſervo* 30. *cum l. ſeq. ff. de injur.* Sed cùm uterque æſtimaverit injuriam in ſolidum, Judex debet æſtimationem redigere ad portionem, quam

quiſque habet in ſervo, quia non eſt æquum, pro majore parte damnationem fieri, quam pro qua quiſque dominus eſt. *d. l. ſed non eſſe 16. ff. de injur.* Et hoc in *d. l.* ſignificat JC. cum ſubjicit, *& ideò officio Judicis portiones æſtimandæ ſunt.* Nempè æſtimatio, quæ in ſolidum fieret, ſi Servus totus eſſet Senatoris, aut Plebeji, officio Judicis redigenda eſt ad æſtimationem portionis, quam quiſque habet in ſervo: neque enim Judex ipſe re verâ injuriam æſtimat, ſed æſtimationem ab actore factam redigit ad id, quod æquum bonum ipſi videbitur. §. *pœna Inſt. tit. de injur.* Cùm autem æquum non ſit, ut pro majore parte, quam pro qua dominus eſt, pœnam injuriæ conſequatur, quia nulla alia de cauſa eam conſequitur, quam quia do-
3 minus eſt, & jure dominii pœnam percipit; Judex redigit æſtimationem ad portionem dominii. *d. l. ſed non eſſe ff. de injur.* Itaque ad actorem pertinet injuriam pro ſua dignitate æſtimare. *d. §. ſi communi.* Ad officium Judicis pertinet æſtimare portiones ſervi, & ad eas redigere æſtimationem injuriæ, ab utroque actore factam. *d. l. ſed non eſſe.* Nec video, qua ratione hæc inter ſe pugnare dicantur.

Sed finge jam non differre æſtimationem à condemnatione, aut æſtimationem cum condemnatione convenire debere, nec eam in ſolidum æſtimandam, ſed pro parte: ac propterea à Senatore debere æſtimari non mille aureis, ſed quingentis; & à plebeio quinquaginta, non centum; ut æſtimatio congruat condemnationi. Dico, nihilominus has leges non eſſe contrarias. Utrumque enim verum eſt: & injuriam æſtimandam pro dignitate, non pro parte, pro qua quiſque dominus eſt; & non eſſe æſtimandam pro majori parte, quam pro qua dominus eſt. Eſſent hæc contraria, ſi eòdem referrentur: ſed cum eòdem non referantur, eſt utrumque veriſſimum. Si unius æſtimatio referatur ad æſtimationem alterius, non eſt facta æſtimatio pro parte, pro qua quiſque dominus eſt: quia non eadem eſt ratio æſtimationis ad æſtimationem, quæ partis ad partem. Si verò æſtimatio unius referatur ad ejuſdem æſtimationem, quæ in ſolidum facienda erat, ſi fuiſſet dominus in ſolidum; utique æſtimatio non eſt facta pro majore parte, quam pro qua dominus eſt: nam eadem eſt ratio æſtimationis ad totam æſtimationem, quæ partis ad totum ſervum. Dicam, ſi potero, ut intelligant etiam illi, qui geometræ non ſunt. Senator æſtimat injuriam quingentis aureis, plebeïus quinquaginta. Si Senator fuiſſet dominus totius ſervi, eam æſtimaſſet mille aureis: ſi verò plebeïus, eam æſtimaſſet centum. Si comparetur æſtimatio Senatoris cum æſtimatione plebeii, profectò facta non eſt pro parte, pro qua quiſque dominus eſt. Etenim Senator, & plebejus æquales partes habent in dominio ſervi: at verò æſtimatio Senatoris non eſt æqualis æſtimationi plebeji, ſed decupla; nam quinquaginta decies repetita efficiunt quingenta: igitur non eſt eadem proportio æſtimationum, & partium. Si verò comparetur æſtimatio Senatoris ad totam injuriæ æſtimationem, quæ Senatori deberetur, ſi totius ſervi dominus eſſet; certè ea facta non eſt pro majori parte, quam pro qua dominus eſt. Etenim ſicut ſervi dominus eſt pro dimidia parte, ita æſtimatio ab eo facta, eſt dimidia totius æſtimationis. Tota æſtimatio eſſet mille aureorum; facta eſt autem æſtimatio quingentorum. Quam rationem habent mille aurei ad quingentos, eamdem habet totus ſervus ad dimidium.

His expoſitis ad rem revertamur, In *l. ſed* 4
non eſſe 16. ff. de injur. Paulus non comparat inter ſe utriuſque domini æſtimationes, nam de uno tantum loquitur: itaque comparat ejus æſtimationem cum æſtimatione injuriæ in ſolidum, quæ ab eo facienda eſſet, ſi totius dominus eſſet. Quapropter veriſſimum eſt, quod ait: non eſſe reum condemnandum pro majori parte, quam pro qua dominus eſt: nempè Senatori condemnandum in quingenta, non in mille: quia quingenta ſunt dimidium mille: ſicut dimidium ſervi ejus eſt. Contrà Juſtinianus in *§. ſi communi Inſt. tit. de injur.* non de uno tantum domino loquitur, ſed de utroque, & comparat inter ſe utriuſque æſtimationes. Eſt igitur veriſſi-

mum, quod æſtimationes non ſunt faciendæ pro parte, pro qua quiſque dominus eſt: nam partes, quas quiſque habet in ſervo, æquales ſunt; æſtimationes verò ſunt valdè inæquales; quoniam Senator quingenta conſequitur, plebeïus verò quinquaginta. Quod autem Juſtinianus comparet inter ſe utrumque dominum, & utriuſque partes, & æſtimationes, ſatis conſtat ex ipſius verbis. Ait enim: *non pro ea parte, quâ quiſque dominus*
5 *eſt*. Verbum illud *quiſque* in ea loquendi formula eſt aptiſſimum ad comparandum unum cum alio, & partem cum parte, & æſtimationem cum æſtimatione. Cicer. 3. *in Verr. Pro ſe quiſque, ut in quoque erat autoritatis plurimum, ad Populum loquebatur.* Nempè qui cæteris comparatus, illis præſtabat autoritate.

In hac explicatione non ſpero me Janum futurum,

— *à tergo quem nulla ciconia pinſit:*
Nec manus auriculas imitatur mobilis albas.

Videor enim mihi audire quoſdam petulanti ſplene cachinnones eam riſu, & cachinnis excipientes, quibus, ut riſu rumpantur, objiciam alterius legis explicationem, ex penitiſſimis Arithmeticæ præceptis depromptam.

6 Julianus in *l. ſi ita ſcriptum* 13. *ff. de liber. & poſt.* proponit hujuſmodi inſtitutionem. Si filius mihi natus fuerit, ex beſſe hæres eſto: ex reliqua parte uxor mea hæres eſto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente hæres eſto: ex reliqua parte uxor hæres eſto. & ſi filius & filia nati eſſent, dicendum eſt, aſſem diſtribuendum in ſeptem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Vir doctus imprimis, & multis libris celebris, ideò duas partes uxori dandas putat, quia duplici reſpectu, & quaſi duplex mater conſideratur, natis & filio, & filiâ. Eſt id planè ridiculum. Conſtat, teſtatorem voluiſſe filium ex hæreditate conſequi bis tanto pluris, quam uxorem; & uxorem bis tanto pluris, quam filiam: hæc enim eſt proportio beſſis ad trientem, cum beſſis trientem bis contineat. Itaque inveniendus erat numerus, qui dividi poſſet in tres numeros, datam rationem habentes, nempè beſſis ad trientem, ſeu quam habent 2. ad 1. Solet dividi hæreditas in duodecim uncias, ſed hic numerus non poteſt eo modo dividi, nec dupondium quidem aut tripondium. Quærendus erat alius numerus, nempè numerus minimus, qui datas partes haberet. Hujus numeri inveſtigandi rationem docet Euclides *lib. 7. propoſ. ult.* ſi memini, eumque rectè invenit Julianus. Diviſâ enim hæreditate in ſeptem partes, conſequimur id, quod volumus: nam hic numerus continet datas partes, nec eo minor poteſt reperiri; quoniam componitur ex his partibus 4. 2. 1. quæ inter ſe habent datam rationem, quælibet enim alterius eſt dupla. Quamobrem quatuor partes dandæ ſunt filio, duæ uxori, una filiæ; ut filius altero tanto amplius habeat, quam uxor, & uxor altero tanto amplius, quam filia. *d. l. ſi ita ſcriptum* 13. *ff. de lib. & poſt.*

Finge aliud non diſſimile teſtamentum. Si 7
filius mihi natus erit, ex beſſe hæres eſto: ex reliqua parte uxor mea hæres eſto. Si filia nata erit, ex quadrante hæres eſto, ex reliqua parte uxor hæres eſto. Natis filio, & filiâ, dividenda erit hæreditas in decem partes, quarum ſex filio, tres uxori, una filiæ danda erit. An hic Vir ille doctus dicet uxorem tamquam triplicem matrem eſſe conſiderandam? Infinitæ hujus generis inſtitutiones fingi poſſunt. Nec difficilis erit diviſio ex *d. propoſ. ult. lib.* 7. Euclid. Quod ſi quis 8
geometriam non calleat, id aſſequi poterit incipiendo ab unitate, quam filiæ adſignabit; poſtea partem adſignabit uxori ſecundum proportionem, quam voluit teſtator: ac denique adſignabit filio: & has omnes partes colligendo intelliget, in quot partes dividenda ſit hæreditas.

CAPUT XXII.

Ad l. ſi verò 5. §. 1. ff. qui ſatiſd. cog.

SUMMARIUM.

1 *Quibus caſibus recuſari poſſit Fidejuſſor idoneus.*
2 *Ut aliquis ſit idoneus fidejuſſor, requiruntur fides, & facultates.*
3 *Qui paupertatis arguit eum, qui pauper non eſt, injuriam facit ei; & qui debitorem appellat eum, qui non eſt.*
4 *Pauperes non ſunt idonei fidejuſſores; ideò idoneus opponitur inopi, locuples dicitur pro idoneo, & viciſſim idoneus pro locuplete.*
5 *Eſt de eſſentia idonei fidejuſſoris, quod ſit locuples.*
6 *Inopia argui videtur fidejuſſor, qui tamquam non idoneus rejicitur: ideò injuria ei fit; ſed ſi vult injuriarum agere, probare debet, ſe tamquam pauperem, aut fide indignum rejectum eſſe.*
7 *Debitori non fit injuria, ſi rejiciatur idoneus fidejuſſor. Debitor oblato idoneo fidejuſſore liberatur ab onere dandi fidejuſſoris; ſi ſatiſdatio ſit neceſſaria.*
8 *Præſtatione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio.*
9 *Si ſatiſdatio ſit voluntaria, debitori non fit injuria, ſi rejiciatur fidejuſſor idoneus.*
10 *Nemo cogi poteſt ad contrahendum invitus, & unicuique liberum eſt contrahere, quibus conditionibus vult; nam unuſquiſque eſt rei ſuæ moderator & arbiter.*
11 *Nemini injuriam facit, qui utitur jure ſuo.*
12 *Creditor recuſando fidejuſſorem idoneum injuriam non facit debitori, ſed ipſum ducendo in jus.* *Explicatur* l. *ſi verò* 5. § 5. ff. qui ſatiſd. cog.
13 *Creditor ex* l. duodecim Tabularum *cogere poterat debitorem in jus ire, & ſi recuſaret, poterat violenter ducere, etiam obtorto collo, ſed antequam in eum manus injiceret, debebat anteſtari, hoc eſt teſtem aliquem appellare, cui memoria cauſæ aurem tangebat.*
14 *Ratio quare Magiſtratus in jus vocari non poſſint, & ii, quibus reverentia præſtanda eſt, ſine permiſſu Prætoris.*
15 *Prætor cavit, ut in jus vocati irent, aut ſatiſdarent, & vetuit, ne quis in jus vocatos vi eximat. Quoties quis disjunctim hoc, aut illud facere tenetur, alterutrum faciendo liberatur.*
16 *Vox* quælibet *in* d. l. *ſi verò, ſignificat gravem. Injuria tribus modis infertur; ſcilicet lædendo corpus, aut libertatem, aut exiſtimationem; his autem omnibus modis injuriam facit, qui ducit in jus eum, qui dedit idoneum fidejuſſorem.*
17 *Explicatur* d. l. *ſi verò* §. 1. ff. qui ſatiſd. cog.

QUoniam attigimus quædam de injuriis, antequam aliò ſermonem convertamus, de iis adhuc pauca quædam delibanda. Exiſtimant Interpretes ferè omnes, eum, qui rejicit fidejuſſorem idoneum ſibi oblatum, injuriam facere tum ipſi fidejuſſori, quem rejicit; tum debitori, qui fidejuſſorem illum obtulit. Impoſuit illis incautis Caïus *in l. ſi verò 5. §. 1. ff. qui ſatiſd. cog.* Verba legis hæc ſunt: *Qui pro rei qualitate evidentiſſimè locupletem, vel (ſi dubitetur) approbatum fidejuſſorem judicio ſiſtendi cauſâ non acceperit; injuriarum actio adverſus eum eſſe poteſt: quia ſanè non qualibet injuria eſt duci in jus eum, qui ſatis idoneum fidejuſſorem det. Sed & ipſe fidejuſſor, qui non ſit acceptus, tamquam de injuria ſibi facta queri poterit.* Hanc legem explicare conſtituimus paulò accuratius.

Ac primùm diſſeramus de ipſo fidejuſſore, 1
qui rejectus eſt. Fit huic injuria, ut in fine hujus legis traditur à Juriſconſulto. Veriſſimum id eſt, non tamen ſemper. Multæ ſunt cauſæ rejiciendi, ac reprobandi fidejuſſoris. Poteſt recuſari fidejuſſor, ſi habeat fori præſcriptionem. *l. ſi fidejuſſor. 7. in princ. ff. qui ſatiſd. cogant.* Poteſt recuſari, ſi non ſit ſubjectus juriſdictioni illius Judicis, ad quem vocatus eſt reus. *l. 1. ff. ſi quis in jus vocat.* Poteſt recuſari, ſi gaudeat privilegio reſtitutionis, qua de cauſa minor probandus non eſt. *l. de die 8. §. qui mulierem. ff. qui ſatiſd. cogant.* junctâ *l. ait Prætor §. non ſolum ff. de minor.* Poteſt denique recuſari, ſi non facilè poſſit conveniri. *l. 2. in princ. ff. qui ſatiſd. cogant.* Si quis his de cauſis recuſaverit fidejuſſorem, non puto ei injuriam facere. Quid enim refert fidejuſſoris, his de cauſis non admitti ad ſatiſdationem? Non læditur ejus exiſtimatio, non ejus perſonæ inuritur ulla nota, ſi dicatur eum tutum eſſe privilegio aliquo, &, ut ita dicam, vulgo exemptum: niſi quis dicat minui ejus libertatem. Sed adeò moroſi eſſe non debemus. Nec impeditur cujuſquam libertas in iis, quæ pendent ab aliena voluntate, & id omne conſtitutum eſt & inventum in utilitatem creditoris, non fidejuſſoris, qui non

ſubit onus obligationis, ſi reſpuatur, & ideò commodum ſentit.

2 Sunt alia duo, quæ requiruntur, ut aliquis ſit idoneus fidejuſſor: fides, & facultates. Fidejuſſor dandus eſt locuples pro rei qualitate. *l. 1. ff. in jus vocat. ut eant.* Item dandus eſt homo fide dignus: idoneus enim non tam patrimonio, quam fide æſtimatur. *l. ſi quis ſtipulatus 112. in fin. ff. de verb. oblig.* Si his de cauſis rejiciatur fidejuſſor, fit ei injuria, quia læditur ejus exiſtimatio. Contumeliâ, infamiâque afficitur fidejuſſor, ſi rejiciatur tamquam ſubdolus, vafer, veterator: & ideò fit ei injuria. *l. item apud 15. §. generaliter ff. de injur. princ. tit. Inſtit. eod.*

3 Si verò tamquam pauper rejiciatur, item fit ei injuria; nam & qui paupertatis arguit eum, qui pauper non eſt, injuriam ei facit: *l. ſi creditores 31. ff. de reb. aut. jud. poſſid.* aliàs *de privileg. credit.* & qui debitorem appellat eum, qui debitor non eſt. *l. item apud 15. §. ſi quis non debitorem ff. de injur.* Et aliæ multæ occurrunt hujus generis injuriæ.

Et de hoc agi puto in noſtra *l. ſi verò §. 1. ff. qui ſatiſd. cogant.* Nam licèt aliis quoque de cauſis poſſit rejici fidejuſſor, tamen eæ rarò occurrunt, & ſæpè earum ratio non habetur: hæc autem duo in fidejuſſore potiſſimum requiruntur. *d. l. ſi quis ſtipulatus ff. de V. O. & l. 1. ff. in jus vocat. ut eant.* Maxima verò habetur cura facultatum, ſine quibus nemo eſt idoneus fidejuſſor. Egeni

4 enim non ſunt idonei fidejuſſores: *l. 3. §. ult. ff. ut in poſſeſſ. legat. l. ſi quo 41. in princ. ff. de petit. hæredit.* & idoneus opponitur inopi, *l. patri 27. §. ex hoc ff. de minor.* & ei, qui facultatibus lapſus eſt. *l. quod ſi 8. ff. de dol. mal. l. 1. §. ſi Magiſtratus ff. de Magiſtr. conven. l. etiam 14. ff. de admin. tut. l. 2. §. ſi eo ff. de admin. rer. ad civit. pertin.* Quapropter aliquando locuples dicitur pro idoneo, ut in *l. qui rem 166. ff. de reg. jur.* junctâ *l. qui proprio §. qui alium ff. de procurat.* & in *l. 2. in princ. ff. qui ſatiſd. cog. l. quos nos 254. §. 1. ff. de V. S.* Sæpiſſimè autem idoneus ſignificat locupletem, ut in *l. 2. §. idoneus ff. ad S C. Tertull. in l. auſertur 46. ff. de jure fiſc. in l. qui ſub conditione 111. ff. de cond. & demonſtrat. l. ſi venditor 14. §. 1. ff. de in di. addict. l. 4. §. item ff. de appellat.* & paſſim in jure noſtro; & quoties non exigitur fidejuſſor locuples, qualiſcumque fidejuſſor admitti dicitur. *l. 1. ff. in jus voc. ut eant. l. 2. §. quod ait ff. qui ſatiſd. cog.* Ex quibus conſtat, falſam eſſe ſenten- 5
tiam eorum, qui putant pauperem eſſe idoneum fidejuſſorem, dummodò ſit probatæ ſpectatæque fidei. Nam de eſſentia idonei fidejuſſoris eſt, ut ſit locuples pro rei qualitate, nempè ut habeat, unde ſolvat id, quod in fidejuſſione promittit. Neque enim alia de cauſa fidejuſſor accipitur, niſi, ut ſecurum præſtet creditorem; *l. 1. ff. qui ſatiſd. cogant. princ. tit. Inſt. de fidejuſſor.* & ut poſſit ſolvere, quod à principali debitore debetur, ſi ille facultatibus labatur. *§. ult. Inſt. tit. de replic.* Itaque idoneus eſſe non poteſt, ſi hæc præſtare non poſſit. Quamobrem Prætor edicto ſuo cavit, ut locuples fidejuſſor daretur. *l. 1. ff. in jus voc. ut eant.* Reliqua non expreſſit, quia cætera omnia ſunt adminicula fidejuſſoris idonei: hoc unum eſt de ſubſtantia.

Cùm igitur ſubſtantia idonei fidejuſſoris 6
poſita ſit in facultatibus, & patrimonio; & idoneus dicatur is, qui locuples eſt; idcircò rectè traditum eſt à Caïo in *noſtra lege*, fieri injuriam fidejuſſori, qui recuſatur: videtur enim inopiæ argui, qui rejicitur, tamquam non idoneus. Et de hoc agi *in d. l.* conſtat ex primis verbis: *qui pro rei qualitate evidentiſſimè locupletem, vel (ſi dubitetur) approbatum, &c.* Cæterum ſi alia de cauſa rejiciatur, ut ſuprà diximus, nulla erit actio injuriarum adverſus rejicientem: itaque fidejuſſor, qui vult agere injuriarum, probare debet ſe aut tamquam pauperem, aut tamquam fide indignum, rejectum fuiſſe.

Hactenus de fidejuſſore: modo dicendum 7
eſt de debitore. Huic vero nullam injuriam fieri contendo. Nam aut ſatiſdatio neceſſaria eſt, aut voluntaria. Si neceſſaria, tenetur debitor ſolummodo dare idoneum fidejuſſorem, quo oblato liberatur ab onere dandi fidejuſſoris: ſatiſfecit enim ſuæ obligationi.

l. 3. ff. de fidejuſſ. l. 3. §. ult. ff. ut in poſſ. legat.
8 Præſtatione enim ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio. *princ. tit. Inſt. quib. mod. toll. oblig.* Itaque nulla ei fit injuria, cùm perindè liberetur, ac ſi fidejuſſor acceptus fuiſſet; nec cogi poſſit ad alium dandum.

9 Si verò ſatiſdatio ſit voluntaria, cujuſmodi ea eſt, quæ exigi ſolet in contrahendo, non facit injuriam, qui reſpuit fidejuſſorem; quia poteſt dicere: tecum non contraham, niſi alium fidejuſſorem dederis, aut niſi dederis hunc vel illum fidejuſſorem; neque cogi poteſt ad contrahendum invitus. *l. nec onere C. de jure delib. l. invitum C. de*
10 *contrah. empt.* Et unicuique liberum eſt contrahere illis conditionibus, quibus voluerit: *l. Imperatores ff. de contr. empt.* cùm unuſquiſque ſit rei ſuæ moderator, & arbiter. *l. in re mandata C. mandat.* Itaque utitur jure ſuo, qui recuſat cum aliquo contrahere, niſi alius fidejuſſor offeratur: nemini autem facit injuriam, qui jure ſuo utitur.
11 *l. injuriarum 13. §. 1. & §. quæ jure poteſtatis. l. quod Reipublicæ 33. ff. de injur. l. & in omnibus C. de appellat. l. continet 3. §. 1. ff. quod met. cauſ. l. Gracchus 4. C. ad leg. Jul. de adulter.* Quamobrem ab aliis Interpretibus rectè diſſentit Hering. *de fidejuſſ. cap. 6.* & ait id, quod traditur *in d. l. ſi verò §. 1. ff. qui ſatiſd. cogant.* ſpeciale eſſe in ſatiſdatione judicio ſiſtendi: ſed quia meo judicio rem non ſatis explicat, idcircò id uberius, & clarius explicabo.

12 Dico igitur, quod nec in aliis ſatiſdationibus, nec in ipſa ſatisdatione judicio ſiſtendi fit injuria debitori, recuſando fidejuſſorem idoneum. Fit quidem injuria debitori in *noſtra l. ſi verò §. 1. ff. qui ſatiſd. cogant.* non tamen fit recuſando fidejuſſorem idoneum oblatum à debitore; ſed ducendo in jus ipſum debitorem. Satis evidenter id demonſtrant verba legis: *quia ſane non quælibet injuria eſt duci in jus eum, qui ſatis idoneum fidejuſſorem det.* Duo ſunt facta ſeparata, atque ſejuncta: recuſatio fidejuſſoris, & ductio in judicium. Factum recuſandi fidejuſſoris injuriâ afficit ipſum fidejuſſorem, non verò debitorem, ut ſuprà oſtendimus. Factum ducendi in jus afficit injuriâ ipſum debitorem. Itaque ſi creditor recuſaverit fidejuſſorem, & non duxerit in jus debitorem, nullam ei injuriam faciet. Contrà ſi non recuſaverit fidejuſſorem, & nihilominus eum in jus duxerit, ei injuriam faciet, & quidem multò majorem. Hinc conſtat, quod, etſi veriſſimum ſit, quod lex ſpecialiter eſt intelligenda, quando tum ipſa, tum ejus ratio ſpecialis eſt; tamen hoc ſolo fundamento inniti non debemus, quod etſi convelli poſſet, tamen ſubſiſteret noſtra ſententia. Nam ſuperiora verba legis non tam continent rationem, cur injuria fiat, quam demonſtrant factum, unde injuria oriatur. Quapropter ſublato illo facto, injuria quoque omnis auferatur, neceſſe eſt.

Supereſt igitur ut explicemus, cur injuriâ debitor afficiatur, ſi in jus ducatur, cùm idoneum obtulerit fidejuſſorem. Sciendum autem eſt, quòd olim creditor debitorem in jus vocabat, & cogebatur debitor ſtatim in jus ire. Cornific. *ad Heren. Lege jus eſt id; quod Populi juſſu ſancitum eſt, quod genus, ut in jus eas, cùm voceris.* Cic. *lib. 2. de legib. A parvis enim, Quinte, didicimus, ſi in jus vocet, atque eat; & ejuſmodi alias leges nominare.* Ejuſmodi erat lex duodecim Tabularum: *Si in jus vocet, atque eat*: hoc eſt, *ſi in jus vocet, ſtatim eat.* Si debitor 13
fruſtraretur, aut fugeret, poterat creditor in eum violentas manus injicere, eumque vi ducere, trahere, rapere in jus, etiam obtorto collo, ſi reluctaretur. Conſtitutum id erat lege XII. Tabularum: *Si calvitur, pedemve ſtruit, manum endo jacito.* hoc eſt, *ſi fruſtratur, aut refugit, manum injicito.* Quare nihil frequentius occurrit apud Comicos illis verbis: *in jus eas: in jus ambula: ſequere ad tribunal.* Plin. in *Panegyr. ad Trajan. Dicitur Procuratori tuo: in jus veni: ſequere ad tribunal.* Plaut. in *Aulul. Jam quidem ad Prætorem herclè te rapiam, & tibi ſcribam dicam.* Et in *Pœnul.*

Sed quid ego dubito fugere hinc in malam crucem,
Priuſquam obtorto collo ad Prætorem trahor?

Et

Digitized by Google

Et in *Rudent.*

—— obſecro te, ſubveni mi Charmides,
Rapior obtorto collo. ——

Verùm ne injuriam facere videretur debitori, antequam in eum manus injiceret, à lege XII. Tab. jubebatur anteſtari, hoc eſt, teſtem aliquem appellare, cui memoriæ causâ aurem tangebat. Plin. *l.* 11. *Cap.* 45. *Eſt in aure imâ memoriæ locus, quem tangentes anteſtantur.* Plaut. in *Perſa*: *Sed ego in jus voco. D. nonne anteſtaris? S. tuâne ego causâ, carnifex. cuiquam mortali libero aures atteram.* Horat. *Satyr.* 9.

—— caſu venit obvius illi
Adverſarius; & , quò tu turpiſſime? magna
Exclamat voce: & , licet anteſtari? ego verò
Oppono auriculam; rapit in jus. ——

14 Hinc intelligimus, cur vim inferre videatur, qui aliquem de domo ſua in jus vocat; *l. plerique ff. de in jus voc.* & cur vocari non poſſint in jus illi, quibus reverentia præſtanda eſt, ſine permiſſu Prætoris; *l. generaliter ff. eod.* itemque prohibeantur in jus vocari Magiſtratus, qui imperium habent. *l.* 2. *ff. eod.* quod explicat Gell. *lib.* 13. *cap.* 13. *Neque vocari, neque ſi venire nollet, capi, atque prehendi ſalvâ ipſius Magiſtratûs majeſtate poſſet.*

15 Prætor autem ut hoc jus mitigaret, edicto ſuo cavit, ut in jus vocati irent, aut ſatis, vel cautum darent, de quo *in tit. ff. in jus voc. ut eant, aut ſatis vel caut. dent.* Non vetuit Prætor rapi in jus eum, qui vocabatur. Imò aliud edictum propoſuit, quo metu pœnæ compeſceret eos, qui in jus vocatos vi eriperent: *l.* 1. *in princ. ff. ne quis eum qui in jus vocat. vi eximat.* eripere eſt de manibus auferre per raptum. *l. ſed eximendi* 4. *ff. eod.* quare ſi punit eos, qui eximunt, aut auferunt in jus vocatos de manibus vocantis, utique permittit manus injicere in eos, qui in jus vocantur. Hoc tantum conceſſit Prætor in jus vocatis, ut ſi nollent rapi in jus, & in jus ſtatim ire, ſatisdarent, & ſatisdatione ab hac moleſtia eundi in jus in præſens liberarentur. Igitur, qui idoneè ca-vere paratus eſt, in jus duci non poteſt: quoties enim aliquis disjunctim hoc aut illud facere, & præſtare tenetur, alterutrum faciendo liberatur. §. *ſi plures Inſt. tit. de hæred. inſtit. l. ſi Titio* 16. *ff. de legat.* 2. *l. ſi quis ita* 129. *ff. de V. O. l. ſi unus* 27. §. *ſed ſi ſtipulatus ff. de pact. l. ſtipulatus ſum, Damam.* 105. *l. ubi autem* §. *qui illud l. eum qui certarum* 138. §. 1. *ff. de verb. oblig. l & per jusjurandum* §. *ſi is qui hominem ff. de acceptil.*

En ratio noſtræ legis. Qui ducit in jus eum, qui ſatis idoneum fidejuſſorem dedit, facit ei injuriam, quia eum in jus ducere non poteſt. Olim ſi anteſtatus fuiſſet, non faciebat ei injuriam, quia id lege permittente faciebat, & jure publico utebatur. *l. injuriam* §. 1. *ff. de injur.* hodie ex edicto Prætoris injuriam facit, ſi ſatisdare paratus eſt, quia per vim reum ducit eò, quò duci non poteſt. Et quidem non quamlibet injuriam facit, ut ait ibi Juriſconſultus: hoc eſt, non modicam, ſed inſignem, & gravem, *l. fluminum* 24. §. *idem ait ff. de damn. infect.* Plin. *lib.* 7. *cap.* 28. *Bis ab Annibale captus, neque enim cum quolibet hoſte res fuit.* Gravis autem, & inſignis injuria eſt, quia plures injuriæ in unam cumulantur. Infertur in aliquem injuria tribus modis, lædendo aut ejus corpus, aut ejus libertatem, aut ejus exiſtimationem: hiſque omnibus modis injuriam facit, qui in jus ducit eum, quem ducere non poteſt. Lædit ejus corpus, quia in ipſum injicit manus violentas. *l.* 1. §. *injuriam ff. de injur.* Lædit ejus libertatem, quia eò ire cogit, quò non vult, & quò cogi jure non poteſt. *l. injuriarum* §. *ult. ff. eod. tit.* Lædit denique ejus exiſtimationem, quia dat occaſionem Populo exiſtimandi, eum eſſe adeò pauperem ac deploratæ fidei, ut non poſſit reperire idoneum fidejuſſorem. Similes injuriæ proponuntur in *l. item apud Labeonem* 15. §. *item ſi quis* 32. *&* §. *ſeq. l. ſi creditor* 19. *& l. ſi injuria* 20. *ff. de injur.* §. 1. *Inſtit. eod. tit. l. ſi creditores* 31. *ff. de reb. aut. Jud. poſſid.* aliàs: *de privil. credit.* Præterea læditur ejus exiſtimatio, quia hoc non fit ſine 16

Digitized by Google

contumelia & clamore, & vociferatione populi concurrentis. Horat. *Sat.* 9.

> — *Rapit in jus, clamor utrinque,*
> *Undique concurſus* — —

Quæ injuria ſpeciali Prætoris animadverſione digna fuit: *l. item apud* 15. §. *ait Prætor.*
17 juncto §. *convicium autem &* §. *feciſſe ff. de injur.* ac proindè non levis injuria eſt, ſed notabilis. *d. l. item apud* §. *hoc edictum.*

Non eſt igitur dubitandum, injuriam fieri debitori, ducendo eum in jus, non reſpuendo fidejuſſores. Quapropter cautè Caïus in noſtra *l. ſi verò* non abſolutè dixit injuriarum teneri, qui non accipit idoneos fidejuſſores judicio ſiſtendi cauſâ datos, ſed dixit: *adverſus eum injuriarum actio eſſe poteſt.* Poteſt eſſe actio injuriarum: videlicet, ſi eum nihilominus in jus duxerit. Si autem non duxerit in jus, nulla erit actio injuriarum. Ideò verbis illis ſubjecit Juriſconſultus; *quia non qualibet*, &c. ut oſtenderet, quando ſit actio injuriarum.

CAPUT XXIII.

Ad l. vulgaris 21. ff. de furt.

SUMMARIUM.

1 *Gallinarum, & columbarum furtum fit.*
2 *Explicatur.* §. Gallinarum Inſt. tit. de Rer. diviſ.
3 *Explicatur* d. §. Gallinarum & *Pomponius* l. 8. §. 1. ff. fam. erc.
4 *Explicatur Auth.*ſeu *Nov.*ut omnes obediant *verſ.* 69. *Cap.* 1. & *n.* 6.
5 *Pretium Columbarum, Gallinarum, & Turdorum quantum antiquitùs eſſet. Gallinæ altiles legibus ſumptuariis interdicta erant.*
6 *Verba*: parvum, exiguum, modicum, *relativa ſunt, ideò Gallina eſt quid minimum, ut quis cogatur ire in aliam Provinciam ad eam perſequendam; & furtum, de quo agitur in* l. 3. §. idem reſcripſit ff. de Bon. eor. qui ant. ſent. *licet modicum dicatur, in aliis caſibus modicum non eſt. Explicatur* d. l. 3.
7 *Exempla furtorum rei minimæ referuntur, inter quæ recenſetur furtum Aquæ. Explicatur* l. Vulgaris 21. ff. de Furtis & n. ſeqq.
8 *Nummus pro re minima ponitur; cùm decem nummi viginti quinque Aſſes contineant ſeu viginti caratia noſtræ monetæ.*
9 *Modius pro re minima ponitur, & quantum frumenti contineret. Explicatur* l. quidam 7. § ult. ff. de Trit. Vin. & Olleg.
10 *Pretium quo venibat antiquitùs modius frumenti. Frumentum ab Ædilibus plebi diſtribuebatur quatuor aſſibus in modios, ſæpè etiam duobus, ac non ſemel aſſibus: poſtea lege Clodii gratis dari cœpit. Molæ aquâ verſatiles non erant apud Romanos, ſed aut manu ſervorum, aut jumentis agitabantur. Medimnus ſex modios continet.*
11 *Sextarium frumenti de nave onerata auferens furtum facit ſextarii. Modius ſextarios ſexdecim continebat.*
12 *Amphora continebat urnas duas, ſextarios quadraginta octo. Furtum ſextarii vini proponitur, & quo pretio veniret.*
13 *Quadragenæ urnæ vini venibant nummis trecentis.*
14 *Si quis è ciſterna Aquæ ſextarium abſtulerit, furtum committit.*
15 *In quibuſdam Regionibus aqua venundatur.*
16 *Furtum rei minimæ fiebat etiam apud Græcos.*
17 *Solonis leges etiam fimi fures puniebant; unde adagium* βολίτου δίκη fimi judicium.
18 *Draconis leges etiam pomi, aut lactucæ furem capite puniebant.*
19 *Militibus apud Romanos rei minimæ furtum permittebatur, dumne nummum argenteum excederet.*
20 *Pro re minima furti actio datur.*

SUbjiciamus aliquid de furtis. Rei minimæ furtum fieri fatentur ferè omnes Interpretes, ſed meo judicio omittunt ea argumenta, quibus id perſpicuè poteſt demonſtrari. Probant hanc ſententiam §. *Gallinarum Inſt. tit. de rer. diviſ. & acquir. ear. dom.* ubi gallinarum fit furtum; gallinam autem 1
eſſe quid exiguum, tradit Juſtinianus Legiſlator noſter *in auth. ut omnes obediant. verſ.* 69. *cap.* 1. Item afferunt textum in *l. Pomponius* 8. §. 1. *ff. fam. erciſc.* ubi columbarum furtum fit.

Sed eludi facilè poteſt vis horum argu- 2
mentorum. Primùm in §. *gallinarum* non quæritur de quantitate rei, cujus furtum fieri poteſt; ſed de natura gallinarum, an ſint manſuetæ, vel manſuefactæ, vel feræ, & ejuſmodi, ut occupanti concedantur, an verò ejuſmodi, ut earum furtum fiat. Ait Juſtinianus, naturâ ſuâ ejuſmodi eſſe, ut earum furtum fiat. Inde autem non conſequitur fieri furtum rei minimæ. Ea eſt natura gallinarum, ut earum furtum fiat, dumne id impediat quantitas rei ſurreptæ. Ut enim aïunt in ſcholis, ſupponendi ſunt ſemper

Digitized by Google

termini habiles. Si gallina ſit adeò modicæ æſtimationis, ut ejus furtum non fiat, furtum quidem non committetur; non tamen quia furto repugnet natura gallinæ, ſed quia repugnat modica quantitas: non quia gallina concedatur occupanti, ſed quia tanti non eſt, ut furtum admittat.

3 Præterea miror, & hunc §. *&* *d. l.* 8. adduci ad hoc probandum. Etenim non unius gallinæ, aut columbæ furtum fieri dicitur, ſed gallinarum, & columbarum; nempè tot, quot ſufficiant ad conſtituendam rem non minimam.

4 Ad *auth. ut omnes*, &c. idem reſponderi poſſet; in ea ſupponi furtum gallinæ domeſticæ, dummodo ea tanti fuerit, ut rem minimam excedat: non enim ſancitur gallinæ furtum fieri, ut inde poſſimus arguere fieri furtum cujuſcumque gallinæ, ſed obiter gallinæ furtum nominatur, tamquam furtum rei exiguæ, non minimæ.

5 His addo gallinarum, & columbarum eum olim fuiſſe valorem, ut non ſemper minimæ res ſint judicandæ. Plin. *lib.* 10. *cap.* 37. *L. Axius Eques Romanus ante bellum civile Pompeïanum denariis quadringentis ſingula paria* (columbarum) *venditavit, ut M. Varro tradit.* Sunt quadraginta noſtrorum ſcutorum. Varro de pullis earum *lib.* 3. *c.* 7. *Romæ ſi ſunt formoſi, bono colore, integri, boni ſeminis, paria ſingula vulgò veneunt ducenis nummis: nec non eximia ſingulis millibus nummum, quas nuper cùm mercator tanti emere vellet à L. Axio Equite Romano, minoris quadringentis denariis daturum negavit.* Non mirum igitur, etiam columbarum furtum factum fuiſſe, cùm vulgò venirent ſingula paria decem, aut viginti quinque ſcutis noſtri temporis. Gallinarum quoque non modicum fuiſſe pretium exiſtimo, maximè altilium, quæ legibus ſumptuariis interdictæ erant. Plin. *lib.* 10. *cap.* 50. *Hoc primum antiquis cœnarum interdictis exceptum invenio, jam lege C. Fannii Coſ.* XI. *annis ante tertium Punicum bellum, ne quid volucrum poneretur præter unam gallinam, quæ non eſſet altilis, quod deindè caput tranſlatum per omnes leges ambulavit. Inventumque diverticulum eſt in fraudem earum gallinaceos quoque paſcendi lacte madidis cibis: multò ita gratiores approbantur.* Ecquis dubitet de his? cùm denariis ternis turdi venderentur, ut teſtatur Varro *de Re Ruſtica*, cujus verba non pigebit apponere, ut intelligant Noſtri valorem avium apud Romanos: *Certè, inquit Merula, ibi vidi greges magnos Anſerum, Gallinarum, Columbarum, Gruum, Pavonum, nec non Glirium, Piſcium, Aprorum, cæteraque venationis, ex quibus rebus Scriba librarius ejus in annos ſingulos plus quinquaginta millium à Villa capere dicebat. Axio admirante: Certè noſti, inquit, Matertera mea fundum in Sabinis, qui eſt ad viceſimum quartum lapidem via Salariâ, à Roma. Quid ni? inquit. Atqui in hac Villa qui eſt ornithon, ex eo uno quinque millia ſcio veniſſe Turdorum denariis ternis. Sexaginta millia ea pars reddiderit eo anno Villa, bis tantum, quam tuus fundus ducentorum jugerum Reate reddit. Quid ſexaginta, inquit Axius? Sexaginta, ſexaginta, derides? Sexaginta, inquam. Sed ut ad hunc bolum pervenias, opus erit tibi, aut Epulum, aut Triumphus alicujus, ut tunc fuit Scipionis Metelli, aut Collegiorum cœna, quæ nunc innumerabiles excandefaciunt annonam macelli. Reliquis annis omnibus & hanc expectabis ſummam: quotus enim quiſque eſt annus, quo non videas Epulum, aut Triumphum, aut Collegia coëpulari, quæ nunc innumerabiles intendunt annonam.* Plura non exſcribo, ſed videnda ſunt cætera.

Nec obſtat *text. in d. Nov. ut omnes* 69. 6
cap. 1. ubi gallina domeſtica exiguum quid dicitur. Verba, *parvum*, *exiguum*, *modicum*, referuntur ad id, de quo agitur. In hac *Novella* ſancit Juſtin. neminem in aliam Provinciam ire cogi, ut conveniat debitorem ſuum, ſed poſſe eum in ea Provincia conveniri, in qua deliquit. Certè gallina, non ſolum quid exiguum eſt, ſed minimum, ut hac de cauſa quis cogatur in aliam Provinciam ire ad eam perſequendam. Quis in aliam Provinciam iret, ut tam tenuem mercedem acciperet? Quare inter furta rei minimæ non recenſeo furtum, de quo *in l.* 3. *§. idem reſcripſit ff. de bon. eor. qui ante ſent.*

Digitized by Google

licèt ibi reus modici furti nominetur. Nam cùm ibi agatur de eo furto, propter quod reus eſſet condemnandus morte, vel deportatione, & bona ejus fiſco eſſent vindicanda, omnia furta modica ſunt, propter quæ ejuſmodi pœna non irrogatur.

7 Exempla igitur furti minimæ rei petenda ſunt ex *l. vulgaris* 21. *ff. de furt.* Quam noſtri aut omittunt, aut ſtrictim attingunt, cùm tamen hoc ferè fundamento innitatur hæc ſententia. Quapropter eam copiosè explicare conſtituimus. Quatuor ibi referuntur exempla furtorum rei minimæ. Furtum facit, & furti ſe obſtringit, tum qui aufert decem nummos: tum qui modium frumenti: tum qui ſextarium: tum denique qui aquam. Et ne quid poſſit incidere dubitationis, proponitur frumentum ablatum de nave oneratâ, aut de horreo pleno, & aqua de ciſterna.

8 Furtum decem nummorum ſatis modicum eſt. Decem nummi ſunt viginti quinque aſſes, ſeu viginti caratia noſtræ monetæ. Nummus pro re nihili ponitur in *l. ſi quis* 46. *ff. locat.* Cicer. *pro Q. Roſc. Comœd. Hic tu ſi amplius ſeſtertio nummo petiſti, quàm tibi debitum eſt, cauſam perdidiſti.* Et *ad Attic. lib.* 5. *epiſt.* 21. *Rationes conferatis; aſſidunt: ſubducunt: ad nummum convenit.* Catullus autem, ut rem minimâ minorem ſignificaret, *aſſem* dixit:

Rumoreſque ſenum ſeveriorum
Omnes unius æſtimemus aſſis.

Et Martial.

Aſſe duos calices emit, & ipſe tulit.

9 Alterum eſt furtum ejus, qui ex acervo frumenti modium ſuſtulit. *d. l. vulgaris* 21. *in princ.* Modiis triticum admetiebantur, & hâc menſurâ vendi, promitti, legari ſolebat. *l. quod ſæpè §. in his ff. de contr. empt. l. quod legatur ff. de judic. l. colonus* 61. §. *navem locat. l. ubi autem* 75. §. 1. *ff. de verb. oblig. l. ſi ita fidejuſſorem* 42. *ff. de fidejuſ.* & alibi paſſim. Quantum penderet hæc menſura, tradit accuratè Plin. *lib.* 18. *cap.* 7. *Ex his generibus, quæ Romam invehuntur, leviſſimum eſt Gallicum, atque è Cherſoneſo advectum, quippe non excedunt in modium vicenas libras, ſi quis granum ipſum penderet. Adjicit Sardum ſelibras, Alexandrinum & trientes: hoc & Siculi pondus. Bœoticum totam libram addit: Africum & dodrantes. In Tranſpadana Italia ſcio vicenas quinas libras farris modios pendere circa Cluſium, & Senam.* Modius igitur frumenti vicenas libras pendet, aut non multò plus. Quam modica res eſt! Hinc explicatur *l. quidam* 7. §. *ult. ff. de vin. trit. & ol. leg. Lucio Titio tritici modios centum, qui ſinguli pondo centum pendeant, hæres dato. Ofilius nihil legatum eſſe, quod & Labeo probat, quoniam ejuſmodi triticum in rerum natura non eſſet, quod verum puto.* Rectè: nuſquam enim naſcitur triticum tanti ponderis.

Atque ut appareat, quàm modica res ſit 10 frumenti modius, dicendum eſt aliquid de ejus pretio. Pretium certum ſtatui non poteſt. Varium enim & pro fertilitate Regionis, & pro annonæ vilitate. Polyb. *lib.* 2. ubi de Gallia Ciſalpina: Σίτε τε γὰρ τοσαύτην ἀφθονίαν ὑπάρχειν συμβαίνει κατὰ τὰς τόπους, ὥστ' ἐν τοῖς καθ' ἡμᾶς καιροῖς πολλάκις τετίάρων ὀβολῶν εἶναι τὸν τῶν πυρῶν τὸν Σικελικὸν μέδιμνον, τῶν δὲ κριθῶν δυοῖν. *Frumenti enim ea copia eſt in iis locis, ut perſæpè noſtris temporibus tritici medimnus Siculus veneat quatuor obolis, hordei verò duobus.* Medimnus ſex modios continet. Itaque ibi frumenti modius non multò plus aſſe venibat. Hui rem minimam! Ex oratione Demoſthenis *in Phormion.* conſtat, ejus ævo medimnum frumenti quinque drachmis Athenis æſtimatum fuiſſe, itaque paucis aſſibus modius æſtimabatur. Quid in Sicilia? Cicer. in *Divin. in Q. Cæcil. Queritur Sicilia tota, C. Verrem ab aratoribus, cùm frumentum ſibi in cellam imperaviſſet, & cùm eſſet tritici modius ſeſtertiis duobus, pro frumento in modios ſingulos duodenos ſeſtertios exegiſſe.* Idem 3. *in Verr. Fuit autem te Prætore, ut tu in multis epiſtolis gloriaris, ſeſtertiis duobus.* Et infrà: *Hoc reprehendo, quòd cùm in Sicilia ſeſtertiis duobus tritici modius eſſet, ut iſtius epiſtola ad te miſſa declarat: ſummum ſeſtertiis ternis ſcio eo anno magnam fuiſſe annonæ vilitatem.* Sed quàm minima res eſt duo, aut tres ſeſtertii: hoc eſt, duo, aut

tres nummi? Romæ quoque ſatis tenue frumenti pretium fuiſſe exiſtimo: nam cùm olim ab Ædilibus plebi frumentum diſtribueretur quatuor aſſibus in modios, ſæpè etiam duobus, ac non ſemel etiam aſſibus, poſtea verò lege Clodii gratis dari cœperit, non poterat immodicum eſſe ejus pretium. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *M. Varro autor eſt, cum L. Metellus in triumpho plurimos duxit Elephantos, aſſibus ſingulis farris modios fuiſſe.* Tacit. *lib.* 15. *Annal.* de Nerone: *Subvectaque utenſilia ab Hoſtia, & propinquis Municipiis, pretiumque frumenti minutum uſque ad ternos nummos.* Plin. *lib.* 18. *cap.* 10. *Panes verò è modio ſimilaginis* 122. *è floris modio* 117. *Pretium huic annonæ media in modios farinæ quadraginta aſſes.* Anteà dixerat: *Similago ex tritico fit: laudatiſſima ex Africo: juſtum eſt è modiis redire ſemodios, & pollinis ſextarios quinque: ita autem appellant in tritico, quod florem in ſiligine.* Si ex modio frumenti ſemodius ſimilaginis redit, ſumma redigetur ad viginti aſſes. Quod ſi ſubducamus operam farinæ in cerniculo decutiendæ, & impenſam tritici in farinam molendi, pretium frumenti ad ſummam multò minorem redigemus. Neque enim puto hos ſumptus compenſari poſſe cum ea parte, quæ ſuperat ſecretâ ſimilagine. Etenim ſumptum tritici molendi non modicum fuiſſe exiſtimo, cum illi non uterentur molis aquâ verſatilibus, ſed aut truſatiles eſſent molæ, manu ſervorum agitatæ, aut jumentariæ, & aſinariæ, jumentorum labore circumactæ, ut ſatis notum eſt, & docemur in *l. dolia* 26. *§.* 1. *ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* Certè Martialis *lib.* 12. *epig.* 77. ſummam adeo minuit, ut ferè ad nihilum redigat:

Amphora vigeſſis, modius datur ære quaterno.

Vides hîc quatuor aſſibus tritici modium æſtimari. Pone triticum infimæ notæ, pone ſummam annonæ vilitatem, vix tamen ad hanc ſummam deſcendes: niſi fortè non de Roma, ſed de alia Regione id eſt intelligendum. Nam Columella *lib.* 3. minimum pretium amphoræ vini eſſe ait quindecim nummorum, hoc eſt triginta ſeptem aſſium cum ſemiſſe; hoc autem loco Martialis amphoram viginti aſſibus dari. Itaque aut de inſolita ubertate anni loquitur; aut de alia Regione; aut poëticè pretium minuit.

Sed jam ad tertium furtum progrediamur. 11
Hoc verò minimo minus eſt. In *d. l. vulgaris* §. *Sed ſi de navi ff. de furt.* traditur eum, qui ſextarium frumenti de navi onerata ſuſtulerit, furtum ſextarii facere, non totius frumenti: modius ſextarios ſexdecim continebat, ut nos docet Voluſius Mæcianus in libro *de ponder.* & ſatis conſtat inter Eruditos. Divide jam in ſexdecim partes pretium, quod modio frumenti tribuimus, quantula erit ſummula? Piget me rationem ſubducere: ſed ut ſummum frumenti pretium ſtatuas, vix tamen ad duos aſſes pervenies. Proponitur in eodem §. furtum ejus, 12
qui vini ſextarium abſtulit. Sextarius enim, & aridorum, & liquidorum menſura communis eſt. Pretium ejus hoc modo aſſequemur. Amphora continebat urnas duas, ſextarios quadraginta octo, ut docet Volus. Mæcian. Amphoræ ſæpè fit mentio in Jure noſtro, ut *in l.* 3. *§.* 1. *ff. de vin. trit. & ol. leg.* in *l. quod ſæpè* §. *in his ff. de contr. empt. l.* 2. *C. de peric. & com. rei vend. l. quarumdam ff. de acquir. poſſeſ. l. inter ſtipulantem* §. *ſacram ff. de V. O. l. ult.* §. *ult. ff. ad leg. Rhod. l. Vinaria* 206. *ff. de V. S. & paſſim in tit. ff. de trit. vin. & ol. leg.* Quare urna continet ſextarios 24. & quadragenæ urnæ continent ſextarios 960. Traditum eſt à Co- 13
lumella *l.* 3. quadragenas urnas, cum minimum eſt annonæ pretium, vænire nummis trecentis; hoc eſt aſſibus 750. Igitur ſextarii 960. væneunt aſſibus 750. Aſſes 750. ſunt quadrantes 3000. Igitur ſextarius vini ſubductâ ratione tribus quadrantibus æſtimatur. En furtum, quo vix minùs poteſt excogitari.

Sed eſt adhuc furtum quoddam minus. 14
Nam &, ſi quis ex ciſterna aquæ ſextarium abſtulerit, furtum faciet. *d.* §. *ſed ſi de navi.* Nihil vilius aquâ: ſolet ea concedi ſine ullo pretio etiam illis, qui nobis noti non ſunt. Argutè, ut ſolet, Plaut. in *Aulul.*

Tum aquam aufugiſſe dicito, ſi quis petet.

Et infrà:

Aquam herclè plorat, cum lavat, profundere.

M. Tull. *lib.* 2. *de offic.* ut rem incredibilem dicat: *At ii, qui ab hoſtibus obſidentur, ſi emere aquæ ſextarium minà cogerentur, hoc primò incredibile videri, omneſque mirari.*

15 Non ignoro, quaſdam eſſe Regiones, ubi aqua emitur. Ulpian. in *l.* 1. *ff. de alim. legat. Si alimenta fuerint legata, dici poteſt etiam aquam legato ineſſe, ſi in ea Regione fuerint legata, ubi venumdari aqua ſolet.* & in *l. Mela* §. *ult. ff. eod. Quidam libertis ſuis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommiſſum reliquerat: conſulebar de fideicommiſſo, cum in ea Regione Africæ vel fortè Ægypti, res agi proponebatur, ubi aqua venalis eſt.* Sed cum vini ſextarium tribus quadrantibus æſtimaverimus, quanti erit æſtimandus aquæ ſextarius? Quid ſi hoc intelligamus de ea Regione, ubi aqua non emitur? Elegans eſt hac de re Martialis Epigramma 47. *lib.* 6.

Exſolvit votis hac ſe tibi virgine porca
Marcus, furtivam qui bibit ager aquam.
Tu contenta meo jam crimine gaudia fontis.
Da ſecura tui: ſit mihi ſana ſitis.

16 Videor mihi ſatis perſpicuè probaſſe, etiam rei minimæ furtum fieri. Neque hoc mirum cuiquam videatur, cùm & apud Græcos, quorum leges, & inſtituta Romani ſunt imitati, rei minimæ furtum fieret. Liban. in paradigmate loci communis in proditorem: τοὺς ἐπὶ πέντε δραχμαῖς ἁλόντας κολάζετε. *Convictos furti quinque drachmarum*
17 *punitis.* Solonis enim leges etiam fimi fures puniebant: unde apud Græcos uſurpatum eſt adagii loco βολίτου δίκη, *fimi judicium*, in eos dictum, qui rei minimæ judicium, ac pœnam ſuſtinent; ut traditum eſt à Scholiaſte *Ariſtophanis in Equit.* & à Suida, & in Vaticana appendice *centur.* 1. *Prover.* 24.
18 Draconis autem leges etiam pomi, aut lactucæ furem capite puniebant, ut ſciunt omnes. Plutarch. *in vita Solonis*, & Gell. *lib.* 11. *cap.* 18.

Hoc tantum monendum ſupereſt, quod 19
quamvis apud Romanos ſeveriſſima eſſet diſciplina militaris, tamen rei minimæ furtum militibus permittebatur, dumne excederet nummum argenteum. Gell. *lib.* 16. *cap.* 4. *Cum delectus antiquitùs fieret, & milites ſcriberentur, in jusjurandum eos Tribunus Militaris adigebat in verba hæc. In Magiſtratu C. Lælii C. filii Coſ. L. Cornelii P. filii Coſ. in exercitu, decemque millia paſſuum propè, furtum non facies dolo malo ſolus, neque cum pluribus, pluris nummi argentei in dies ſingulos.* Puto id conſtitutum propter atrocitatem pœnæ, quæ his irrogabatur. Polyb. ξυλοκοπεῖται δὲ καὶ ὁ κλέψας τι τῶν ἐκ τοῦ στρατοπέδου, *Fuſte percutitur & is, qui furto aliquid è Caſtris abſtulit.* Suet. *in Tiber. cap.* 60. *Is militem prætorianum ob ſurreptum è viridario pavonem capite punivit.* Et Spartianus teſtatur, Peſcennium Nigrum ob unius gallinacei direptionem decem commanipulones, qui raptum ab uno comederant, ſecuri percuti juſſiſſe.

Illud ad explicationem noſtræ legis ſubjiciendum eſt: quod harum rerum minimarum non ſolum furtum fit; ſed etiam furti tenetur, qui abſtulit. In noſtra *l. in princ.* 20
ibi *in tantum eos furti actione teneri, quantum abſtulerint.* & in §. 1. *teneri furti, decem nomine placet.* Et in hac lege paſſim agitur de actione furti: & promiſcuè dicitur *furtum fieri*, & *furti actionem eſſe*: ut in *princ. legis.* & in §. *item ſi quis.* & in §. *ſi duo.*

CAPUT XXIV.

Ad l. ſi ita fidejuſſorem 42. *ff. de fidejuſſor.*

SUMMARIUM.

1 *Fidejuſſor in majorem ſummam accipi non poteſt.*

2 *Modius frumenti in ſumma annona caritate quindecim ſeſtertiis in Sicilia æſtimatus fuit.*

3 *Fidejuſſor in minorem ſummam , & in leviorem cauſam accipi poteſt.*

4 *Quoties nominantur* decem , centum , *ſolet ſignificari* decem millia HS , centum millia *& proindè efferri ſolent neutro genere.*

5 *Quando ſummam aliquam aureorum ſignificare volunt Juriſconſulti , exprimunt aureos , aut ſolidos.*

6 *Fidejuſſor in aliam obligationem accipi non poteſt , & quando in aliam obligationem accipi dicatur ?*

7 *Centenarius libertus quis dicatur , & an Tribonianus in hac re deceptus ſit ? aureus continet centum ſeſtertios.*

8 *Emendatur* l. Mævia 48. ff. ſol. matrim. *ſeſtertium continet mille ſeſtertios.*

9 *Emendatur* l. Pater. 38. §. Fideicommiſſis ff. de legat. 3. *Scævola floruit ſub M. Antonino ; Paulus ſub Alexandro , & Scævolâ Præceptore utebatur in Jure reſpondendo. Aureus quando ſolidi nomen acceperit & n. 10. Tremiſſes cudi juſſit Alexander , qui tertiam partem aurei continebant.*

10 *Aurei appellati ſunt ſolidi etiam ante Alexandrum , quod multis exemplis probatur.*

11 *Emendatur* l. Ofilius 97. ff de legat. 3. & l. Tantum 88. ff. de V S. *Veteres utebantur adverbiis numeralibus , & ſubintelligebatur* centena millia , *adeo ut* decies ſeſtertium *ſignificaret decies centena millia ſeſtertium , & his adverbiis tamquam nominibus utebantur.*

12 *Oſtenditur quod adverbium illud* centies in d. l. Ofilius & d. l. Tantum *non poteſt ſignificare centum aureos , nec centies centena millia aureorum.*

13 *Emendatur* l. Cùm hæres 4. §. 1. ff. de ſtatulib. *& explicatur & n. 14.*

14 *Latinus libertus fiebat olim , qui manumittebatur pendente conditione , ſub qua ei jam data erat libertas , non autem Civis Romanus fiebat. Explicatur* l. Ultima ff. de Manum. teſtam.

15 *Deportati quia Civitatem amittunt , dicuntur libertatem amittere. Explicatur* l. Cognitionum 3. §. ult ff. de extraord. Cognit.

QUæ de frumenti pretio diſputavimus , nobis facem præferunt interpretationi *l. ſi ita 42. ff. de fidejuſſ. Si ita fidejuſſorem accepero : quod ego decem credidi , de ea pecunia mille modios tritici fide tua eſſe jubes ? non obligatur fidejuſſor , quia in aliam rem , quam quæ credita eſt , fidejuſſor obligari non poteſt : quia non ut æſtimatio rerum , quæ mercis numero habentur , in pecunia numerata fieri poteſt ; ita pecunia quoque merce æſtimanda eſt.* Æſtimantur in hac lege mille modii frumenti decem. Non tamen adjicitur , an ſint decem aurei , an vero decem ſeſtertia , hoc eſt decem millia ſeſtertiûm. Si decem aureis æſtimentur mille modii frumenti , ſingulorum valor erit unius nummi : ſi verò decem millibus HS. erit decem nummorum.

Exiſtimo in hac lege eum , qui fidejuſſo- 1
rem accipit , decem millia credidiſſe , non decem aureos : primùm , quia fidejuſſor in majorem ſummam accipi non poteſt. *§. fidejuſſores Inſt. tit. de fidejuſ. l. Græcè* 8. *§. illud ff. & l. hi qui* 34. *ff. de fidejuſſor.* Itaque maximè verendum eſſet , ne fidejuſſor acceptus eſſet in duriorem cauſam , ſi frumentum tam modico pretio fuiſſet æſtimatum. Pluris enim Romæ fuiſſe ſuprà demonſtravimus. Et tamen Juriſconſultus in hac lege de re non curat. Decem autem nummi in ſingulos mo-
dios videntur convenire juſtæ æſtimationi , 2
cùm in ſumma annonæ caritate quindecim ſeſtertiis in Sicilia æſtimatum fuiſſe teſtetur
Cicero 3. *in Verr.* præſertim quia nihil im- 3
pedit , fidejuſſorem in minorem ſummam , & in leviorem cauſam accipi. *dd. ll.* Itaque curandum potius eſt , ut de ſumma à reo principali detraheretur aliquid , quàm adderetur. Quare in fidejuſſione non fuit dictum : *pro ea pecunia mille modios tritici fide tuâ eſſe jubes ?* ſed , *de ea pecunia* , &c. ut demonſtretur, pecuniam excedere æſtimationem tritici, & fidejuſſorem potius in partem accipi , quàm in majorem ſummam.

Præfereà quoties in jure noſtro *decem* , 4
centum , &c. nominantur , ſolet ſignificari *decem millia HS. centum millia* , &c. ut interdum adjicitur. *l. illa ſtipulatio 67. ff. de V. O. l. duo ſocietatem 71. ff. pro ſoc.* Quapropter ſolent hæc neutro genere efferri , ut in *l. lecta ff. de reb. cred. l. obligationum ferè §. ſi ita ff. de obligat. & act. l. ait Prætor §. per hanc ff. quæ in fraud. cred. l. Si ita ſtipulatus 126. in princ. ff. de V. O. l. liberto 21. ff. de an. leg. l. Aurelius §. centum & §. quidam. l. legavi 25. ff. de liber. leg. l. qui teſtamento ff. de probat. l. talis ſcriptura §. quid ſi fortè ff. de legat. 1. l. ſi cum præfinitione ff. quando d. leg. ced. l. Publius. in princip. ff. de cond. & demonſtr. l. fidejuſſores Magiſ-*

Digitized by Google

tratum §. 1. *ff. de fidejuſ. l. ult. C. de his* 5 *quæ ſub mod.* Quando autem ſummam aliquam aureorum exprimere volunt, aut id ipſum exprimunt: *decem aureos*, *decem ſolidos*, ut *in l.* 1. §. *ſi cui ff. de extr. cogn. in l. nonnulli* 10. *ff. de accuſat.* aut id indicant aliquâ adjectione, unde cognoſci poſſit eos loqui de aureis, ut in *l. libertis* 18. *in princ. ff. de alim. leg. menſtruos decem*, *menſtruos ſeptem*, *annuos denos.* Cùm autem ſimpliciter efferuntur, de ſeſtertiis, non de aureis ſunt intelligenda, ut conſtat ex *l. liberto* 26. *ff. de bon. libert.* & *ex l. Si libertus* 16. *ff. de jure patron.* juncto §. *poſtea verò Inſtit. tit.*
6 *de ſucceſ. libert.* Igitur denis nummis in hac *lege* tritici modius æſtimatur, aut minùs, ſi fortè pro parte fidejuſſor interceſſit. Non tamen valet fidejuſſio: quia in aliam obligationem fidejuſſor accipi non poteſt. In aliam obligationem accipi dicitur fidejuſſor, quoties ex ſua promiſſione debiturus eſt aliquid, quod non debet reus principalis. Exempla peti poſſunt *ex l. Græcè* 8. §. *ſi quis Stichum. in fin.* & *ex l. ſi Stichum* 38. *ff. de fidejuſ.*

7 Nec ſine cauſa id admonere voluimus: nam hujus rei ignoratione multi errores in Jus noſtrum irrepſerunt. Non auſim dicere hâc in re deceptum fuiſſe Tribonianum, qui centenarium libertum ſtatuit eum eſſe, qui centum aureos habet in bonis, legem Papiam interpretans in §. *ſed noſtra Inſt. tit. de ſucceſſ. libert.* cùm certum ſit centenarium fuiſſe libertum, qui centum millia in bonis habebat. §. *poſtea. eod. tit. l. liberto* 26. *ff. de bon. libert. l. ſi libertus* 16. *ff. de jure patron.* Centum millia ſeſtertiûm efficiunt ſummam mille aureorum, non centum, cùm aureus contineat centum ſeſtertios, non mille. Sed dicendum eſt acciſis Imperii opibus, & privatorum facultatibus in dies decreſcentibus, à Juſtiniano ſummam fuiſſe diminutam.

8 Idem eſt error in *l. Mævia* 48. *ff. ſolut. matrim.* quem ſi Triboniano tribuere nolumus, Librariis tribuere neceſſe eſt. *Mævia marito ſuo inter alias res dotis, etiam inſtrumentum ſolidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Mævia caverat, daturum ſe, cùm nuptum ire cœpiſſet, decem millia.* Hic quoque decem millia æſtimantur decem ſolidis, ſeu decem aureis, cùm contineant centum aureos. Itaque perperam adjectum eſt verbum illud, *ſolidorum*: quod fortaſsè ab aliquo imperito additum eſt, qui deceptus eſt notâ, quâ ſeſtertii deſcribuntur, quæ eſt hujuſmodi: *H. S.* Si quis hoc modo legat: *Mævia marito ſuo inter alias res dotis etiam inſtrumentum ſeſtertiorum decem tradidit*, certè conſtabit ſententia: nam ſeſtertium continet mille ſeſtertios; ac proindè decem ſeſtertia continent decem millia ſeſtertiûm. Simile eſt illud Juvenalis, *Satyr.* 4.

—— mullum ſex milibus emit
Æquantem ſane paribus ſeſtertia libris.

Mullus erat ſex librarum: ſex millia ſeſtertiûm ſunt ſex ſeſtertia; itaque ſeſtertia libris æquabat. Quamvis autem à Veteribus Auctoribus ſeſtertium neutro genere non dicatur, præterquam à Poëtis, tamen in poſterioris ævi Scriptoribus id à me non ſemel obſervatum memini.

Idem eſt error in *l. Pater* 38. §. *fideicommiſit ff. de legat.* 3. 9 *Fideicommiſit ei, cui duo millia legavit, in hæc verba: à te Petroni peto, uti ea duo millia ſolidorum reddas Collegio cujuſdam Templi.* Non dubito Scævolam ſcripſiſſe: *uti ea duo millia H. S.* Etenim Scævolæ temporibus aureus adhuc ſolidi nomen non acceperat. Floruit Scævola ſub M. Antonino, ut refert in hujus vita Capitolinus: hoc eſt, ante Alexandrum Imperatorem. Quare Paulus, qui floruit imperante Alexandro, ejuſque Conſiliarius fuit, in Scævolam notas ſcripſit, eumque ſemper appellabat Scævolam noſtrum, quia eo Auctore ac Præceptore utebatur in Jure reſpondendo, ut optimè animadvertit doctiſſimus Cujacius. *l. ſi unus* §. *ſi unus ff. de pact. l.* 6. *ff. de reb. auct. Jud. l. atqui* 19. §. 1. *ff. de negot. geſt. l. Neſennius ff. de excuſ. tutor. l. qui plures* 38. §. *ult. ff. de vulgar. & pupil. ſubſt. l. quod ſi minor* §. *Scævola ff. de minor. l. qui Stichum* § *ult. ff. de jure dot.* Solidi autem videntur appellati eo tempore, quo Alexander tremiſſes cudi juſſit, ut exiſtimat

Digitized by Google

exiſtimat doctiſſimus Budæus: quia tunc dicti ſunt ſolidi, hoc eſt integri aurei, cùm tremiſſes tertiam aurei partem continerent. Narrat hæc Lamprid. *invit. Alex.* Verba ejus, à Viro incomparabili emendata, ſunt hæc: *Vectigalia publica in id contraxit, ut qui decem aureos ſub Heliogabalo præſtiterant, tertiam partem aurei præſtarent, hoc eſt, triceſimam partem. Tuncque primùm tremiſſes aureorum formati ſunt, cùm ad tertiam partem aurei vectigal deſediſſet: dicente Alexandro etiam quartarios futuros, quod minus non poſſet. Quos quidem quartarios jam formatos in moneta detinuit, expectans, ut ſi vectigal contrahere potuiſſet, & eoſdem ederet: ſed cùm non potuiſſet per publicas neceſſitates, conflari eos juſſit, & tremiſſes tantum, ſolidoſque formari.*

10 Sed vereor, ut defendi poſſit hæc ſententia, cum etiam multò ante Alexandrum aureos appellatos fuiſſe ſolidos reperiam. In Edicto Ædilium Curulium ſolidi nominantur. *l. quæ vulgo* 42. *ff. de Ædilit. Edict.* In Edicto Prætoris itidem ſolidos nominatos reperimus. *l. ſi verò* 5. §. *Prætor ait ff. de his qui effud. vel dejec.* Item in Reſcripto Imperatorum Severi & Antonini *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fiſc.* Quæ omnia prodierunt, & ſcripta ſunt multò ante Alexandrum: quod à Budæo aliiſque doctiſſimis Viris non fuiſſe obſervatum ſanè mirandum eſt, præſertim cùm Budæus hanc ſententiam confirmet etiam in *annot. ad Pand. in l. quæ vulgo ff. de Ædil. Edict.* Neque probabile eſt, has leges à Triboniano emendatas fuiſſe. Quid enim cauſæ eſſe potuit? cùm etiam Juſtiniani tempore aureorum nomen eſſet in uſu, §. *ſed noſtra Inſtit. tit. de ſucceſ. libert.* §. *item is Inſt. tit. de oblig. quæ ex quaſi delict.* & tot aliis in legibus aureorum nomen ſit relictum, *ut in l.* 2. *ff. in jus voc. ut eant. l. penult. ff. de in jus voc. l. Si quis* 7. *in princ. ff. de juriſd. in l. Papinianus* 8. *in fin. & l. ſeq. ff. de inoff. teſtam. l. lege Corneliâ* 25. *in princ. ff. ad SC. Silanian. l. un.* §. 1. *ff. ad leg. Jul. amb. l. Si creditor* 37. §. 1. *ff. de pecul. l.* 1. §. *Si cui ff. de extraord. cognit. l. nonnulli* 10. *ff. de accuſat.* & alibi. Igitur defendi poteſt vulgata lectio *in d. l. pater* 38. §. *fideicommiſit ff. de legat.* 3. quæ defendi non poſſet, ſi probaremus communem doctiſſimorum Hominum ſententiam, exiſtimantium ante Alexandri tempora ſolidi nomen in uſu non fuiſſe. Sed puto nihilominus legendum: *duo millia HS.*

Sunt aliæ duæ leges, quæ eâdem indigent 11 emendatione. In *l. Ofidius* 97. *ff. de legat.* 3. *Imperator interrogavit partem legatarii, quærendi cauſâ pone (inquit) in condito centies aureorum eſſe, quæ in uſum ſumi ſolerent: diceres totum, quod eſſet in arca, relictum deberi?* In *l. tantum* 88. *ff. de verb. ſign. Tantum quiſque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus refici poteſt. Sic dicimus centies aureorum habere, qui tantum in prædiis, cæteriſque ſimilibus rebus habeat.* In utraque lege expungendum puto verbum, *aureorum.* Nemo neſcit Veteres his adverbiis numeralibus uſos fuiſſe ad deſcribendam ſummam ſeſtertiûm, & ſubintelligi, centena millia. Itaque decies, vicies, centies ſeſtertiûm, ſignificat *decies centena millia ſeſtertiûm, vicies centena millia ſeſtertiûm, centies centena millia ſeſtertiûm.* Idem dicendum de reliquis. Etſi autem Veteres ſolerent addere *ſeſtertiûm*, aut *ſeſtertio*, tamen id aliquando omittebant. Cic. *pro Sex. Roſc. Hæc bona ſexagies, emuntur duobus millibus nummûm.* Similis omninò loquendi forma ei, quâ utitur JC. in *l. tantùm* 88. *ff. de V. S.* Idem Cic. *in orat. in Verr.* de frum. *Sic per triennium ad hanc frumenti emptionem centies & tricies erogatum eſt.* Liv. *lib.* 8. *Potius quadragies, quam ducenties litem æſtimatam.* Contrà centies aureorum apud probatos Auctores nuſquam legiſſe me memini. Eſt quidem apud Martial. *lib.* 4. *epigr.* 37. verſus, quo videtur defendi poſſe hæc dictio:

Ex inſulis, fundiſque tricies ſolidûm.

Solidus autem, & aureus idem eſt, ut norunt omnes. Sed aliud ſignificat Martialis, non tricies ſolidum, ſed ſolidum, hoc eſt integrum tricies; hoc enim adverbio utebantur, tamquam nomine. Idem Mart. *lib.* 1. *ep.* 79. *ad Calen.*

Non plenum modo vicies habebas.

Digitized by Google

Et alibi.

Dederas, Apici, bis trecenties ventri,
Sed adhuc ſupererat centies tibi laxum.

Cornel. Nepos *in vita Attici*: *Tantâque fuit moderatione, ut neque in ſeſtertiûm vicies, quod à patre acceperat, parum ſe ſplendidè geſſerit, neque in ſeſtertium centies affluentius vixerit.* Alia exempla paſſim occurrent legentibus Latinos Auctores: nos hæc tria ſelegimus, quæ ad rem noſtram viſa ſunt maximè accommodata.

12 Quod ſi quis in adductis legibus putet agi de aureis, non video, quo pacto eas poſſimus interpretari. Si dicas centies aureorum ſignificare centum aureos, abſurda eſt, & non Latina locutio. Præterea non convenit *l. Ofidius 97. ff. de legat. 3.* in qua Imperator magnam quamdam ſummam exprimere voluit, ut oſtenderet conſentaneum non eſſe eam legato contineri. At centum aurei modica ſumma ſunt. Non convenit etiam alteri legi. Quomodo enim in prædiis cæteriſque ſimilibus rebus haberi poſſunt centum aurei? Exiguus agellus eſt, aut hortus, cujus æſtimatio non excedat hanc ſummam. Si verò dicas centies aureorum ſignificare centies centena millia aureorum, infinita planè ſumma eſt. Efficit enim viginti quinque milliones noſtrorum ſcutorum. Quamobrem neque hæc ſumma convenit noſtris legibus. Quis hanc ſummam in arca habet, ut in ſuum uſum conſumat, ut in *d. l. Ofidius*? Ex cujus bonis tanta pecuniæ ſumma refici poteſt, ut in *d. l. tantum*? Et ut fuerit olim aliquis, qui tantum haberet in bonis, tamen, cùm ait JC. *Sic dicimus centies aureorum habere*, &c. oſtendit id non eſſe inſolitum, nec infrequens. Denique animadverſione digna ſunt illa verba: *Sic dicimus centies*, &c. ex quibus conſtat, ibi Juriſconſultum loqui juxta communem conſuetudinem. Atqui communi loquendi conſuetudine non centies aureorum, ſed *centies ſeſtertiûm* aut *centies* abſolutè dicebatur. Poſſem id ſexcentis exemplis probare, ſed ea trita ſunt ac pervulgata, & unicuique obvia. Qui deſiderat exempla Juris noſtri, adeat *l. avia 77. §. ult. ff. de condit. & demonſtr. l. cùm de in rem verſo §. 1. ff. de uſur. l. cùm heres 4. §. 1. ff. de ſtatu liber.*

Quoniam autem aliud agentes incidimus 13
in *l. cum heres 4. §. 1. ff. de ſtatu liber.* monendum eſt, à quibuſdam ibi legi *mille*, ab aliis *decem millia*. Utraque lectio falſa eſt. Rectè datur libertas ſub hac conditione, ſi decem millia dederit. Ulpian. *in fragm. tit. de ſtatu liber.* Neque enim immodica ſumma eſt. Item rectè datur ſub conditione, ſi mille dederit. Nam ſi mille aureos intelligas, mediocris ſumma eſt; ſi mille nummos, etiam parva. Igitur legendum eſt *millies*: hoc eſt millies centena millia ſeſtertiûm: efficiunt autem ſummam 2500000. noſtrorum ſcutorum. Hanc ſummam neque ſervus conficere poteſt, neque quemquam invenire,
qui pro ſe ſolvat hæredi. Quamobrem vide- 14
tur adjecta conditio animo impediendæ libertatis, non dandæ: ac propterea cùm deſit animus dandæ libertatis, inutile eſt legatum. Impediretur autem libertas, ſi valeret legatum, quia ſi ab alio manumitteretur, non fieret Civis Romanus, ſed libertus Latinus. *l. un. §. ſed etſi ſub condit. 7. C. de Latin. libert. toll.* Itaque domini, ne ſervi ſui poſſent umquam ad juſtam libertatem, & Civitatem Romanam pervenire, eos ſub conditione penè impoſſibili, aut quæ in vita impleri non poſſet, manumittebant. Pompon. in *l. ult. ff. de manum. teſtam. Scio quoſdam efficere volentes, ne ſervi ſui umquam ad libertatem perveniant, hactenus ſcribere ſolitos: Stichus, cùm morietur, liber eſto.* Obiter notanda ſunt in hac lege verba illa: *ne umquam ad libertatem perveniant*; & in *l. 4. §. 1. ff. de ſtatu lib. quia nec animus dandæ libertatis eſt.* Perveniebant quidem ad libertatem, ſi ab alio manumitterentur, ſed quia non conſequebantur jura Civium Romanorum, non dicebantur pervenire ad li-
bertatem. Sic Calliſtratus in *l. cognitionum* 15
5. §. ult. ff. de extraord. cognit. dixit deportatis adimi libertatem: non alia certè de cauſa, quam quod amittunt jura Civium Romanorum, qui textus torſit, & torquet ingenia omnium Interpretum. Hoc autem obiter monuiſſe ſufficiat.

Digitized by Google

CAPUT XXV.

Ad §. Pœna furti Inſt. tit. de obligat. quæ ex delict.

SUMMARIUM.

1 *Pœna dupli in fures non manifeſtos deſumpta ex Lege Solonis.*
2 *In duplum condemnabatur fur ex lege Solonis, ſi dominus rem furtivam recepiſſet, ſin minus, in decuplum; quod ſi ſupra quadraginta drachmas furto quis abſtuliſſet, capite puniebatur.*
3 *Nocturnum furem, deprehenſum in furto,* XII. *Tabulæ occidi permittebant, quod ex lege Solonis deſumptum erat.*
4 *Fures manifeſti, ſi telo ſe defenderent, interfici poterant ex lege* XII. *Tabularum; ſervi autem, fures manifeſti, è ſaxo præcipitari poterant & quomodo reliqui fures manifeſti punirentur.*
5 *Fures manifeſti, qui addicebantur ei, cui furtum fecerant, propriè ſervi non vocabantur, ſed nexi.*
6 *Solutione ejus, quod debebant, libertatem conſequebantur debitores nexi, non fures manifeſti, qui in pœnam addicti erant.*
7 *Pœna addicendi fures manifeſtos ætate Quintiliani non erat amplius in uſu.*
8 *Fures manifeſti multis verberibus puniebantur apud Lacedæmonios, nulla verò pœna irrogabatur furtibus non manifeſtis; apud Athenienſes verò, nullum diſcrimen erat inter manifeſtos, & non manifeſtos.*
9 *Prætor pœnâ furum manifeſtorum ſubrogavit quadruplum Prætor abrogare legem non poterat.*
10 *Anno Urbis 429. ſublata eſt lex* XII. *Tabularum, quâ à Judice condemnati addicebantur creditori, ſed excepti ſunt qui noxam meruerunt & n. 15.*
11 *Solon legem Siſachthia tulit, quâ liberabantur ab obligatione omnes debitores, & cavebatur, ne quis in poſterum ſuper corpus debitoris mutuaretur.*
12 *Eadem lex erat apud Ægyptios, apud quos, ne uſuræ duplum ſortis excederent, ſancitum erat.*
13 *Apud Athenienſes, ſi judicatus non ſolviſſet decreto Magiſtratûs, pignora capiebantur, & creditor mittebatur in poſſeſſionem bonorum debitoris, quod & Romani imitati ſunt; at ſi debitor non haberet, unde ſolveret, creditor ei circumſcribebat locum, unde egredi non poterat, antequam ſolviſſet; aut in carcerem conjiciebat.*
14 *Catonis tempore an inventa eſſet quadruplî pœna in fures manifeſtos. & n. 17.*
15 *Anno ab Urbe condita 259. ſancitum eſt, ne quis Civem Romanum vinctum, aut clauſum teneret, & ne quis militis, donec in caſtris eſſet, bona poſſideret; poſtea verò legibus duodecim Tabularum jus nectendi debitores confirmatum eſt.*
16 *Etiam in Provinciis debitores addicebantur creditoribus.*

DEcemviri in XII. *Tabulis* pœnam dupli ſanxerunt in fures non manifeſtos. Tranſtulerunt hanc pœnam in XII. *Tabulas* ex legibus Solonis, qui, ut refert Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *ſua lege in fures, non, ut Draco antea, mortis, ſed dupli pœna vindicandum exiſtimavit.* Hermogen. in *partit ſect.* 4. Νόμου κελεύοντος τὸν μὲν ἱερόσυλον τεθνάναι, τὸν δὲ κλέπτην διπλᾶ διδόναι. *Jubente lege ſacrilegum interfici, furem verò duplum reddere.* 1
In duplum tamen fur condemnabatur, ſi dominus rem furtivam recepiſſet; ſin minus, in decuplum: ut teſtatur Demoſthenes in *Timocratem.* Quod ſi ſupra quinquaginta drachmas furto quis abſtuliſſet, capite puniebatur, teſte eodem Demoſthene in laudata *Oratione.* Quò referendam eſſe arbitror *quæſt.* 16. *ſect.* 29. *Prob. Ariſtot.* 2

Multò graviori pœnâ affecerunt Decemviri tum nocturnos fures, tum fures manifeſtos. Nocturnum furem, in furto deprehenſum, occidi permiſerunt, ut teſtatur Gell. *ibid.* Et hoc deſumptum à Solonis lege, quam laudat Demoſthenes in eadem *Oratione.* 3

Fures quoque manifeſtos, ſi telo ſe defendiſſent, interfici permiſerunt. Ex cæteris autem manifeſtis furibus liberos verberari, addicique juſſerunt ei, cui furtum factum eſſet, ſi modò id luci feciſſent, neque ſe telo defendiſſent. Servos item, furti manifeſti prehenſos, verberibus affici, & è ſaxo præcipitari; ſed pueros impuberes Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam ſarciri. Hæc Gellius loco laudato. Et *lib.* 20. *cap.* 1. *Niſi duram eſſe legem putas, quæ furem manifeſtum ei, cui furtum factum eſt, in ſervitutem tradit.* 4

Non tamen erat hæc vera ſervitus, nec ſervi propriè vocabantur, ſed *nexi.* Varro *de Lingua Latin. lib.* 6. *Liber, qui ſuas operas in ſervitute pro pecunia, quam debeat, dat, dum ſolveret, nexus vocatur, ut ab ære obæratus.* Erat igitur in ſervitute potius, quàm ſervus. Quintil. *lib.* 5. *Inſt. orat. cap.* 5

10. *Aliud eſt ſervum eſſe, aliud ſervire, qualis eſſe in addictis quæſtio ſolet. Qui ſervus eſt, ſi manumittatur, fit libertinus: non idem addictus.* Et *lib.* 7. *cap.* 3. *Servus cùm manumittitur, fit libertinus: addictus receptâ libertate eſt ingenuus. Servus invito domino libertatem non conſequitur. Addictus ſolvendo, citra voluntatem domini conſequitur. Ad ſervum nulla lex pertinet: addictus legem habet. Propria liberi, quæ nemo habet, niſi liber, prænomen, nomen, cognomen, tribum, habet hic addic-*
6 *tus.* Non poterat explicatius nobis demonſtrare conditionem addictorum; & quantum differant à ſervis, oſtendere. Illud tamen, quod de conſequenda libertate per ſolutionem ejus, quod debetur, affirmat; tantummodo ad debitores nexos pertinere arbitror, non ad fures manifeſtos, qui pecuniam non debebant, ſed pœnam furti corporalem; & ideò non poterant ſolutione pecuniæ liberari citra voluntatem domini. Nec
7 ad fures ea verba referri commodè poſſunt: quia ætate Quintiliani non erat amplius in uſu ejuſmodi pœna furti.

8 Sed unde hæc inter furta manifeſta, & non manifeſta, diſtinctio? An ab inſtitutis Lycurgi apud Lacedæmones, qui, ut Xenophontis verbis in *Rep. Lacedæmoniorum* utar, πολλὰς πληγὰς ἐπέβαλλε τῷ ἁλισκομένῳ, *Multis verberibus plectebat eum, qui deprehenſus eſſet*; & cùm nullam pœnam irrogaret furibus non manifeſtis, fures manifeſtos ſeverè puniebat. Sanè apud Athenienſes nullum ferè veſtigium apparet hujus diſtinctionis inter furta manifeſta, & non manifeſta. Solus, quod ſciam, Xenophon *lib.* 1. *memorabil.* furis manifeſti meminit: Κατὰ γὰρ τοὺς νόμους, ἐάν τις φανερὸς γένηται κλέπτων, ἢ λωποδυτῶν, ἢ βαλαντιοτομῶν, ἢ τοιχωρυχῶν, ἢ ἀνδραποδιζόμενος, ἢ ἱεροσυλῶν τούτοις θάνατός ἐστιν ἡ ζημία. *Nam ſecundum leges, ſi quis fuerit fur manifeſtus, vel balnearius, vel ſaccularius, vel vecticularius, vel plagiarius, vel ſacrilegus, his omnibus pœna mors eſt.* Atque haud ſcio, an nomine *furis manifeſti* Xenophon intelligat eum, qui furtum confeſſus eſt, non verò, ut noſtri Juriſconſulti interpretantur. Ita planè Æſchines videtur explicare in *Oratione in Timarchum*: Οἱ δὲ νόμοι κελεύουσι τῶν κλεπτῶν τοὺς μὲν ὁμολογοῦντας θανάτῳ ζημιοῦσθαι, τοὺς δὲ ἀρνουμένους κρίνεσθαι. *Leges præcipiunt fures quidem confitentes capite plecti, negantes verò in judicium adduci.*

9 Utcumque ſit, pœna illa graviſſima, à Decemviris in fures manifeſtos conſtituta, tempore exolevit, ejuſque loco à Prætoribus ſubrogata eſt quadrupli pœna. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. de his legibus: *Sed non levis æſtimator, neque aſpernabilis eſt Populus Romanus, cui delicta quidem iſtæc vindicanda, pœnæ tamen hujuſmodi nimis duræ eſſe viſæ ſunt. Paſſus eſt enim leges iſtas de tam immodico ſupplicio, ſitu atque ſenio emori.* Itaque non abrogavit legem Prætor, quod facere non poterat, *l.* 1. §. 1. *ff. de feriis*, ſed cum ei deſuetudine abrogatum eſſet, pœnam quadrupli introduxit.

Quo tempore in uſu eſſe deſierit pœna 10
conſtituta à Decemviris, quo tempore introducta à Prætoribus pœna quadrupli, non conſtat. Quæ conjecturâ aſſequi potui, breviter ſubjiciam. Anno Urbis 429. L. Papirio Mugillano, vel, ut alii putant, Curſore, & C. Petelio Balbo Coſſ. ſublata eſt lex XII. *Tabularum*, quâ cavebatur, ut à Judice condemnati, ni debitum perſolverent intra triginta dies, addicerentur creditori, & ab eo in nervo, ac compedibus haberentur, donec integrum debitum perſolverent. Non tamen fuit ſublata pœna furti, ab iiſdem legibus conſtituta. Liv. *lib.* 8. *Eo anno Plebi Romanæ velut aliud initium libertatis factum eſt, quod ligari nexi deſierunt. Mutatum autem Jus ob unius fœneratoris ſimul libidinem, ſimul crudelitatem inſignem.* Et paulò poſt: *Juſſique Conſules ferre ad Populum, ne quis, niſi qui noxam meruiſſet, donec pœnam lueret, in compedibus, aut in nervo teneretur. Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium eſſet. Ita nexi ſoluti, cautumque in poſterum, ne necterentur.* Obſervandum eſt, in hac lege excipi eos, qui noxam meruerunt. Quoad corpora debitorum, ne creditoribus obnoxia eſſent, confirmarunt Imperatores Diocletianus, &

Maximianus in *l. ob æs C. de obligat. & action.*

11 Hoc idem, cum uſurparetur à Græcis, vetitum fuit à Solone, qui legem Siſachthiæ tulit, quâ & omnes, qui ante id tempus debita contraxerant, ab obligatione liberavit, cavitque in poſterum, ne quiſquam ſuper corpus debitoris mutuaretur, ut teſtantur Plutarchus *in Solone*, & in *op. de vitan. ære alien.* & Diod. Sicul. *lib.* 1. qui etiam addit,
12 hoc interdictum pariter fuiſſe apud Ægyptios, apud quos etiam lege cautum erat, ne uſuræ ſupra duplum ſortis poſſent aſcendere.

13 Apud Athenienſes ſi judicatus non ſolviſſet, decreto Magiſtratûs pignora capiebantur, & mittebatur creditor in poſſeſſionem bonorum debitoris, ut refert Ulpian. & Demoſthen. *in oration. in Midiam.* quod Romani poſtea imitati ſunt. At ſi non haberet, unde ſolveret, creditor ei circumſcribebat locum, unde egredi non poterat, antequam ſolviſſet, ut refert Heſych. in voce περίγεγρον, vel in carcerem conjiciebat, & in compedibus habebat, teſte eodem in voce ἐξαλοσκελοῖς.

14 Ut ad furta, unde diſceſſimus, revertamur, poteſt ad pœnam furti manifeſti referri illud Catonis apud Gell. *lib.* 11. *cap. ult.* *Fures privatorum furtorum in nervo, atque in compedibus ætatem agunt: fures publici in auro, atque in purpura.* Unde quis conjecturam capere poſſet, Catonis tempore nondum inventam quadrupli pœnam, nec ſublatam pœnam addictionis.

Nihil tamen auſim certò ſtatuere, quia ea verba referri etiam commodè poſſunt ad jus nectendi debitores. Simile eſt, quod Plautus in *Pænulo act.* 1. *ſc.* 1. ait:

Dupli tibi auri, & hominis fur leno fiet;
Neque id unde efficiat, habet: ubi in jus venerit,
Addicet Prætor familiam totam tibi.

Et *ſcen. ult.*

Quin egomet tibi me addico. Quid Prætore opus eſt?
Verum obſecro te, ut liceat ſimplum ſolvere.

Item in *Aulul.*

At ego Deos credo voluiſſe, ut apud te me in nervo enecem.

Si legamus *apud me te in nervo enecem*, expedita erit ſententia: putabat enim ſenex, illum ſibi ollam auri abſtuliſſe.

Jus nectendi debitores apud Romanos an- 15
tiquiſſimum, & licet multis legibus atque edictis fuiſſet pluries interdictum, numquam tamen florente Rep. potuit exterminari. Ante latas XII. *Tabularum* leges, anno ab Urbe condita 259. Appio Claudio, & P. Servilio Coſſ. quidam magno natu, qui nexus crudeliter habebatur, cùm prorupiſſet in forum, & magnas turbas excitaſſet, nexu vincti ſolutique ſe undique in publicum proripuerunt, implorantes Quiritium fidem. Itaque Servilius Coſ. edixit, ne quis Civem Romanum vinctum, aut clauſum teneret, quò minus ei nominis edendi apud Coſſ. poteſtas fieret: & ne quis militis, donec in caſtris eſſet, bona poſſideret, liberos, nepoteſque ejus moraretur. Liv. *lib.* 2. Poſtea confirmatum eſt hoc jus nectendi debitores legibus XII. *Tabularum*, ac certa forma præſcripta, ut refert Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Nec quiſquam auſus eſt eam revocare, licet hac de cauſa turbulentiſſimæ tempeſtates extiterint in Rep. de quibus Liv. *lib.* 6. & paſſim. Ipſe Licinius Stolo turbulentiſſimus Tribunus Pleb. qui levandæ Plebis gratiâ inter Patres, ac Plebem implacabiles diſcordias concitavit, hoc jus Populo auferre auſus non eſt. Tandem anno 428. ut ſuprà dictum eſt, jus hoc ſublatum eſt lege à Conſulibus latâ. Sed hæc lex non fuit obſervata, ut teſtatur Quintilianus. Imò cum iterum C. Popilio rogante ſublatum fuiſſet, tamen necti debitores non deſierunt. Varr. *de Ling. Lat. lib.* 6. *Hoc C. Popilio rogante, Syllâ Dictatore, ſublatum, ne fieret, & omnes qui bonam copiam jurarent ne eſſent nexi, diſſoluti.* Quæ verba *ſublatum ne fieret*, oſtendunt non ſolum lege ſolutos fuiſſe, qui jam nexi erant, ſed vetitum ne in poſterum necterentur, ſicut priori lege cautum erat. Sed urgente avaritiâ non potuit hoc à Patribus extundi, & neutra lex fuit obſervata. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Addici namque nunc, & vinciri multos videmus, quia vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt.* Terent. *in Phorm. act.* 4. *ſc.* 4.

Digitized by Google

Cùm argentum repetent, noſtra cauſa ſcilicet
In nervum potius ibunt.

Quem locum non recte Donatus interpretatur. Plaut. in *Menachm. act.* 1. *ſc.* 1.

Nam ego ad Menachmum nunc eo, cui jam diu
Sum judicatus, ultrò eo, ut me vinciat.

Idem in *Curcul. ſcen. ult.*

——— quia ego ex te faciam pilum catapultarium
Atque ita te nervo torquebo, itidem uti catapulta ſolent.
Delicatum te hodie faciam, cum catello ut accubes
Ferreo ego dico.

Leno autem infrà meritò queritur:

——— Proh Deûm atque hominum fidem!
Hoccine pacto indemnatum, atque inteſtatum me abripi!

Et rurſus:

Tu autem in nervo jam jacebis, niſi mihi argentum redditur.

Et paulò poſt:

Ego in nervum, haud ad Pratorem, hinc rapiam, ni argentum refers.

Alia ad hanc rem Plauti teſtimonia ſuprà attuli. Eſt & illud Nævii, quod inter genera ridiculi valdè laudat Cic. *lib.* 2. *de orat.*

Quanti addictus? mille nummûm. Nihil addo, ducas licet.

Verba M. Tullii ſunt hæc: *Ut apud Nævium videtur eſſe miſericors ille, qui judicatum duci videns percunctatur ita:*

Quanti addictus? mille nummûm.

Si addidiſſet tantummodo, ducas licet, eſſet illud genus ridiculi præter expectationem: ſed quia addidit nihil addo; ducas licet; addito ambiguo altero genere ridiculi, fuit, ut mihi quidem videtur, ſalſiſſimus. Fuit autem hoc præter expectationem, quia qui occurrebat addicto, qui ducebatur, ideò ſolebat interrogare creditorem, quanti addictus eſſet, ut eum ſolvendo debitum liberaret. Liv. *lib.* 6. de M. Manlio, occurrente Centurioni, qui ducebatur: *Inde rem creditori palam populo ſolvit; librâque, & ære libertatum emittit.* D. Liv. de eodem M. Manlio: *Homines propè quadringentos produxiſſe dicitur, quibus ſine fœnore expenſas pecunias tuliſſet, quorum bona venire, quos duci addictos prohibuiſſet.*

Nec ſolum Romæ, ſed etiam in Provin- 16
ciis addicebantur debitores creditoribus ſuis, quia, ut puto, Præſides vel hoc edicto comprehendebant, vel morem & conſuetudinem Urbis Romæ hac in re obſervabant. Cic. in *Orat. pro L. Flacco*: *Itaque recuperatores contra iſtam rem minimè dubiam primâ actione judicaverunt. Cùm judicatum non faceret, addictus Hermippo, & ab hoc ductus eſt.* Accidit hoc in Aſia. Id. in *L. Piſon. Nonne cùm ducenta talenta tibi Apolloniatæ Romæ dediſſent, ne pecunias creditas ſolverent, ultrò Fuſidium Equitem Romanum hominem ornatiſſimum creditorem debitoribus ſuis addixiſti?*

Ex his conſtat verba Catonis etiam de 17
debitoribus ex cauſa furti poſſe intelligi, qui non ob pœnam furti, ſed quia non ſolverent id, ad quod ſolvendum fuerant condemnati, addicti forent, & in nervo, ac compedibus haberentur. Rectius tamen de pœna furti videntur eſſe intelligenda. Neque enim cuiquam dura videri poteſt hæc pœna, ſi perpendat, iiſdem vinculis fuiſſe vinctos debitores, nullius delicti reos. Sanè Cato ibi atrocitatem pœnæ in privatos fures exaggerat, ac propterea de pœna furti id interpretari conſentaneum eſt.

CAPUT XXVI.

Ad §. Conceptum Inſtit. tit. de obligat. quæ ex delict. naſc.

SUMMARIUM.

1 *Furtum conceptum dicebatur, quaſi ſimul captum, ſeu comprehenſum, nam illud eſt, quod apud aliquem invenitur. n. 2.*

3 *Furti concepti pœna graviſſima erat; poſtea mitigata fuit, & tripli pœna conſtituta.*

4 *Concipi furta per lancem & licium quid eſſet. Hic mos à Græcis deductus eſt.*

5 *Nudi furta conquirebant, ne quid clam inferrent,*

licio cingebantur virginum cauſâ, ut partes pudendas tegerent, & hic mos obſervabatur à Sacerdotibus, maximè in Lupercalibus.

6 *Lictores à licio, an à ligando dicti ſint?*

7 *Licium erat pannus ad velandam partem corporis.*

8 *Lance quare uterentur quærentes furta.*

9 *Servi fugitivi quomodo conquirerentur, & quid eſſet indicium?*

10 *Lege Æbutiâ ſublatus eſt antiquus mos concipiendi furta.*

DE furto concepto eſt inter doctiſſimos Homines magna diſſenſio. Literator ille, Juriſque, quod profitebatur, non ſatis peritus apud Gellium *lib.* 16. *cap.* 10. ait furtorum quæſtiones cum lance, & licio evanuiſſe. Nec ipſe Gellius, harum rerum non indiligens, cujuſmodi eſſet furtum, per lancem, & licium conceptum, nobis aperuit, ſed ad Sabini librum de furtis nos ablegavit *lib.* 11. *cap.* 18. *Sed quod ſit oblatum, quod conceptum, & pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta, neque inutilia cognitu, neque injucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus eſt de furtis.* Quid eſſet furtum conceptum: quæ ejus pœna: quando in uſu eſſe deſierit, conabor explicare.

1 Furtum conceptum dicebatur, quaſi ſimul captum, ſeu comprehenſum. Sunt enim ferè ejuſdem ſignificationis concipere, & comprehendere. Cic. *lib.* 2. *de finib. Concipere, & comprehendere animo voluptatem.* Et de Natur. Deor. *Concipiens, & comprehendens natura.* Ovid. *lib.* 1. *Metamorph.*

Sed timuit, ne fortè ſacer tot ab ignibus æther
Conciperet flammas, totuſque ardeſceret axis.

Hoc enim à verbo *capio*: illud à verbo *prehendo* compoſitum eſt.

2 Furtum igitur conceptum, eſt furtum comprehenſum, ſeu inventum, & captum apud aliquem. Vetus Gloſſar. *Conceptum furtum dicitur, cùm quis præſentibus teſtibus rem furtivam invenit apud aliquem.* Caïus *lib.* 2. *Inſtit. Conceptum furtum dicitur, cùm apud aliquem alterum res furtiva invenitur.* Paul. *lib.* 2. *ſentent. cap.* 31. *Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quæſitum, & inventum eſt.* Secundùm hæc Juſtinianus in §. *conceptum Inſt. tit. de oblig. quæ ex delict. naſc. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem teſtibus præſentibus furtiva res quæſita, & inventa ſit: nam in eum propria actio conſtituta eſt, quamvis fur non ſit, quæ appellatur concepti.*

Modus inveſtigandi, & concipiendi furta conſtitutus à legibus XII. *Tabularum*: à quibus etiam graviſſimâ pœnâ coërcebantur furta concepta. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *Ea quoque furta, quæ per lancem, liciumque concepta eſſent, perindè ac ſi manifeſta forent, vindicaverunt. Sed nunc a lege illa Decemvirali diſceſſum eſt.* Graviſſima autem pœna conſtituta erat legibus *duodecim Tabularum* in fures manifeſtos. Gell. *ibid. Ex cæteris autem manifeſtis furibus liberos verberari, addicique juſſerunt ei, cui furtum factum eſſet, ſi modo id luce feciſſent, neque ſe telo defendiſſent: ſervos item furti manifeſti prehenſos verberibus affici, & è ſaxo præcipitari; ſed pueros impuberes Pretoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam ſarciri.* Si eadem erat furti, per lancem, & licium concepti pœna, ut teſtatur Gellius, næ pœna graviſſima erat. Quamobrem fuit mitigata nimia ſeveritas poſterioribus legibus, & tripli pœna conſtituta. Gell. *ibid. Furti concepti, item oblati, tripli pœna eſt.* 3

Concipiebantur autem hæc furta per lancem, & licium. Quid hoc eſſet, diſputant acriter Viri in primis eruditi. Id nos paulò diligentius, ac perquiſitius exponemus. Enimverò faciem nobis præfert Feſtus in verbo *lance*. ibi: *Lance, & licio dicebatur apud Antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamilias, aut virginum præſentiam.* Decemviri, ut pleraque omnia, ſic ejuſmodi morem quærendi, & inveſtigandi furta à Græcis tranſtulerunt, & legibus *duodecim Tabularum* ſanxerunt. Ariſtophan. in *Nubib.* 4

Σω. Ἴθι νῦν, κατάθου θοἰμάτιον. ΣΤΡ. Ἠδίκηκά τι;
Σω. Οὐκ, ἀλλὰ γυμνοὺς εἰσιέναι νομίζεται.
ΣΤΡ. Ἀλλ' οὐχὶ φωράσων ἔγωγ' εἰσέρχομαι.

So. *Age nunc, depone veſtes.* STR. *Quid deliqui?*

Digitized by Google

So. *Non, ſed nudos introire oportet.*

Str. *Atqui non furtum concepturus ingredior.*

Explicatè rem totam exponit ibi Scholiaſtes his verbis: Ἔθος ἦν τοὺς εἰσιόντας εἰς οἰκίαν τινὸς ἐπὶ τὸ ἐρευνῆσαι, γυμνοὺς εἰσιέναι, ἵνα μὴ ὑπὸ τὰ ἱμάτια κρύψαντες λάθωσι, ἢ ἵνα μὴ ὑπὸ ἔχθρας λάθωσιν ὑποβαλόντες τὸ ζητούμενον, καὶ ζημίας αἴτιοι τούτῳ γένωνται. Οἱ οὖν μέλλοντες εἰσιέναι, ἵνα ἐπιθεάσωνται χρήματα τοῦ δημοσίου, ἢ κατεφώρων, γυμνοὶ εἰσῄεσαν, ἵνα μή τι ἀποκρύψωνται. *Mos erat, ingredientes alicujus domum ad perveſtigandum, nudos introire, ne ſub veſtibus aliquid occulentes laterent: vel ne propter inimicitiam occultò ſubjicientes id quod quærebant, cauſa eſſent, cur ille in pœnam incurreret. Itaque ingreſſuri, vel ut publicas res inſpicerent, vel ut furta perquirerent, nudi introibant, ne quid occultarent.* Quod ad conſuetudinem refert hic Scholiaſtes, legi tribuit Iſæus *de Philoctemonis hereditate*: Λεγόντων δ' ἐκείνων, ὅτι οὗτοι ἐξεληλυθότες εἰσὶν εἰς τὴν πλησίον οἰκίαν, καὶ ἀξιούντων διερευνῆσαι τῶνδε φωρᾶν κατὰ τὸν νόμον. *Dicentibus verò illis, quod in vicinam domum ſe receperant, & volentibus ſtatim his concipere ſecundum legem.* Plato quoque id in ſuas leges tranſtulit. Sanxit enim libro XII. Φωρᾶν δ' ἂν ἐθέλῃ τίς τι παρ' ὁτῳοῦν, γυμνὸς, ἢ χιτωνίσκον ἔχων, ἄζωστος, προομόσας τοὺς νομίμους θεοὺς, ἦ μὴν ἐλπίζων εὑρήσειν, οὕτω φωρᾶν. Ἐὰν δέ τις ἐρευνᾶν βουλομένῳ φωρᾶν μὴ διδῷ, δικάζεσθαι τὸν ἀπειργόμενον τιμησάμενον τὸ ἐρευνώμενον. ἂν δέ τις ὄφλῃ, τὴν διπλασίαν τοῦ τιμηθέντος βλάβην ἐκτίνειν. *Si quis furta concipere apud quemlibet voluerit, nudus, aut tunicam ſolum habens, & diſcinctus, & jurans per patrios Deos ſe ad id faciendum adduci ſpe inveniendi, ea concipiat. Si verò quiſquam inquirere volenti furtum concipere non permittat, per Judicem condemnetur ad perſolvendum id, quod quærebatur. Et, ſi non ſolvat, in duplum condemnationis teneatur.*

5 Origo igitur hujus inſtituti à Græcis. Nudi furta conquirebant, ne quid occultè inferrent, ac ſupponerent. Licio cincti erant ad tegendas partes pudendas, virginum, & matronarum cauſâ. Conſuetudo etiam in ſacris uſurpata apud Romanos. Virgil. 8. Æneid.

Jamque Sacerdotes, primuſque Potitius ibant

Pellibus in morem cincti, flammaſque ferebant.

Maximè in Lupercalibus, in quibus Luperci per Urbem diſcurrebant nudi, ſuccinctique, & puellas occurrentes pelliculis verberantes. Plutarchus *de Lupercis*: Γυμνοὶ διαθέοντες ἐν περιζώμασι. *Nudi diſcurrentes, cum ſubligaculis.* Ovid. 5. *Faſtor.*

Semicaper coleris cinctutis, Faune, Lupercis.

Stat. *lib.* 5. *Sylvar.*

Verbera ſuccincti formidavere Luperci.

Hinc Lictores à licio tranſverſo, quo cingebantur, dictos fuiſſe putavit Tiro Tullius 6
apud Gellium, & Iſidorus. Cinctus enim erat ſignum miniſtrantis. Sueton. *in Caio: Caius quoſdam ſummis honoribus functos cananti modo ad pluteum, modo ad pedes ſtare ſuccinctos linteo paſſus eſt.* Horat. *lib.* 2. *ſerm.* 8.

——— *Puer altè cinctus acernam*

Gauſape purpureo menſam deterſit ———

Quare Dominus Jeſus in poſtrema, quam habuit cum diſcipulis ſuis cœna, miniſtraturus ipſis poſuit veſtimenta ſua, & linteo præcinxit ſe. Verius tamen fortaſsè eſt, Lictores dictos fuiſſe à ligando, ut Nonius Marcellus affirmat. Licium autem erat pannus 7
ad velandam, & circumligandam partem corporis aptus. Varro: *Flamines, quod licio in apice velati erant.* Virg. Eclog. 8.

Terna tibi hæc primum triplici diverſa colore

Licia circumdo ——— ———

Eadem de cauſa lancem oculis inveſtigatoris objiciebant ad tuendam honeſtatem fœminarum, quæ hac ratione poterant ejus aſpectum declinare. Simile quiddam nos uſurpamus: nam è fronte mulorum lancem ſuſ- 8
pendimus, ne libero obtutu omnia, quæ obviam incurrunt, circumſpicientes perterreſiant & conſternentur.

Enimverò alia fuit ratio conquirendi ſervos fugitivos. Solebant enim vel libello pro- 9
poſito,

poſito, vel per Præconem indicium promittere, hoc eſt, præmium indicanti ſervum, aut conquiſitores à Prætore petere, & accipere. De hoc indicio fit mentio *in l. 4. §. ult. ff. de condict. ob turp. cauſ.* Plautus in *Mercatore.*

Certum eſt, Præconum jam quantum eſt conducier,
Qui illam inveſtigent, qui inveniant. Poſt ad Prætorem illicò
Ibo: orabo, ut conquiſitores det mihi in vicis omnibus Cur. Fortunatian. *lib. 1. Rhetoric. Cujus ſervus fugerat, libello propoſito, vel per Præconem nuncians dixit, daturum ſe denarios mille ei, qui ad ſe ſervum perduxiſſet.* Petron. Arbit. *Dum Eumolpus cum Bargate in ſecreto loquitur, intrat ſtabulum Præco cum ſervo publico, aliaque ſane modica frequentia, facemque fumoſam magis, quam lucidam quaſſans, hæc proclamavit: Puer in balneo paulò antè aberravit, annorum circa ſedecim, criſpus, mollis, formoſus, nomine Gnython. Si quis eum reddere, aut commonſtrare voluerit, accipiet nummos mille. Nec longe à Præcone Aſcyltos ſtabat, amictus diſcoloriâ veſte, atque in lance argentea indicium, & fidem præferebat.* & paulò infrà: *Interim Aſcyltos, ut pererravit omnes cum Viatore cellas, venit ad meam, & hoc quidem pleniorem ſpem concepit, quo diligentius oppeſſulatas invenit fores. Publicus vero ſervus inſertans commiſſuris ſecures, clauſtrorum firmitatem laxavit.* Hæc quæ de veſte diſcoloria, & lance argentea tradit Auctor, meo judicio ad lancem, & licium referri non poſſunt, cùm eo tempore non eſſet amplius in uſu modus ille concipiendi furta. Sunt igitur ea omnia referenda ad perquiſitionem ſervorum fugitivorum, de qua in *l. 3. & toto tit. ff. de fugitivis, & toto tit. C. de fugit.* & de illis, qui ſervos alienos occultant, *in l. non ſtatim 6. ff. ad leg. Fab. in l. 1. ff. de fugit. in l. Neratius 11. §. ult. ff. de ſerv. corrup. in l. ſi mandavero 12. §. fugitivus ff. mand. l. 5. §. ſi quis C. de SC. Syllan.* Apul. lib. 6. *Tunc etiam legibus, quæ ſervos alienos profugos invitis dominis vetant ſuſcipi, prohibeor.* Et paulò poſt nobis ſuppeditat ſimile exemplum Mercurii, perquirentis Pſychen ancillam Veneris fugitivam, & indicium pollicentis.

Quod attinet ad tempus, quo in uſu eſſe 10 deſiit hæc ratio inveſtigandi ac perquirendi furta, nihil certò ſtatui poteſt. Vero ſimile eſt, lege Æbutiâ ſublatum fuiſſe hunc modum concipiendi furta, conſtitutumque, ut teſtibus præſentibus res furtivæ conquirerentur. Indicat hoc Gell. *lib. 16. cap. 10. Sed enim cum proletarii, & aſſidui, & ſanates, & vades, & ſubvades, & viginti quinque aſſes, & taliones, furtorumque quæſtiones cum lance, & licio evanuerint, omniſque illa XII. Tabularum antiquitas, niſi in legis actionibus Centumviralium cauſarum lege Æbutiâ latâ conſopita ſit.* Teſtatur Ludovicus Charondas ſe in fragmento quodam Romanæ antiquitatis hæc verba reperiſſe: *Æbutius, Tribunus Plebis, vir popularis, legem tulit ad Populum, ut duodecim Tabularum capita, quæ inutilia eſſent Reip. tollerentur: quæ lex multis contradicentibus tandem rogata eſt.* Inter capita inutilia legis XII. Tab. fuiſſe videtur illud, quo ſtatuebatur de furto per lancem liciumque concepto. Certè Plauti ætate in uſu fuiſſe non videtur. Cùm enim in *Pœnulo* Milphio ſervus, & Agoraſtocles dominus lenoni inſidias ſtruxiſſent, ut is addiceretur Agoraſtocli, & domum lenonis Agoraſtocles iret, quæſitum villicum ſuum, qui apud lenonem cum marſupio auri deliteſcebat, non eſt uſus lance, & licio, ſed teſtes advocavit, quibus præſentibus villicum comprehendit, nec lenonem ſibi addici curavit, tamquam reum furti concepti, ſed tamquam debitorem, quod ſolvendo non eſſet. Verſus quibus hæc indicantur, ſubjiciam *Act. 1. ſcen. 1.* ubi ſervus dominum inſtruit:

Rogato, ſervus veneritne ad eum tuus:
Ille me cenſebit quæri: continuo tibi
Negabit. Quid tu dubitas quin extempulo
Dupli tibi auri, & hominis fur leno fiet?
Neque id unde efficiat habet: ubi in jus venerit,
Addicet Prætor familiam totam tibi.
Ita decipiemus fovea lenonem Lycum.

S

Et *act.* 3. *ſcen.* 1.

Ille negabit, Milphionem quæri cenſebit tuum.
Id duplicabit omne furtum: Leno addicetur tibi.

Et ſcen. ultim.

Agor. *Imo haud multò poſt in jus veneris*
Lyc. *Quin egomet tibi me addico: quid Prætore opus eſt?*
Verum obſecro te, ut liceat ſimplum ſolvere.

Ex quibus conſtat, ea ætate nondum fuiſſe conſtitutam tripli pœnam, quæ fortaſsè poſtea à Prætore conſtituta eſt, ſicut pœna quadrupli in fures manifeſtos.

CAPUT XXVII.

Ad L. qui vas argenteum ff. de furt.

SUMMARIUM.

1 *Dominus, qui rem ſuam propriâ autoritate aufert à poſſeſſore, rem ipſam amittit. & n. 11.*
2 *Nemo ſibi ipſi jus dicere debet, aut propriâ autoritate res occupare.*
3 *Legatarius non poteſt occupare legatum, ſed ab hærede illud petere debet.*
4 *A fure fugitivo licet propriâ autoritate rem auferre, quod obſervatur & in Decuriones fugientes.*
5 *Id etiam, quod actione & judicio conſequimur, auferri dicitur.*
6 *Actione furti ſolam pœnam perſequimur, non rem ipſam. & n. 8.*
7 *Res furtiva repetitur condictione furtivâ, & rei vindicatione.*
9 *In actione vi bonorum raptorum res rapta continetur.*
10 *Judex debet condemnare reum juxta naturam actionis.*
11 *Actor, qui rem ſuam furi abſtulit, eam amittit.*
12 *Si dominus rem furto ſibi ſublatam à fure auferat poſt litem conteſtatam, alio judicio fur eam repetere debet.*

QUi vas argenteum perdiderat, eoque nomine furti egerat, de pondere vaſis controverſia cùm eſſet, & actor majus fuiſſe diceret, fur vas protulit: id is, cujus erat, abſtulit ei, qui ſubripuerat, dupli nihilominus condemnatus eſt. Rectiſſimè judicatum eſt: nam in actionem pœnalem non venit ipſa res, quæ ſubrepta eſt, ſive manifeſti furti, ſive nec manifeſti agatur. Interpretes noſtri in hujus legis explicatione impingunt in ſcopulum, quem non ſine periculo naufragii
prætervehuntur. Dominus enim, qui rem 1
ſuam propriâ autoritate aufert à poſſeſſore, rem ipſam amittit. §. *ita tamen Inſt. tit. de vi bon. rapt.* §. *recuperanda Inſtit. tit. de*
interd. l. ſi quis in tantam C. unde vi. Nemo 2
enim ſibi ipſi jus dicere debet aut propriâ autoritate res occupare. *l. meminerint* 6. *C. unde vi. l. negantes C. de oblig. & act. l. un. C. ne quis in ſua cauſa l. qui juriſdictioni* 10. *ff. de juriſd. l. Julianus* 17. *ff. de judic.*
Adeò ut nec legatarius poſſit occupare le- 3
gatum, ſed ab hærede illud petere debeat. *l.* 1. §. *& continet. verſic. etenim ff. quod legat. l. non dubium C. de legat.* Qui fit igitur, ut fur in duplum condemnari debeat domino, qui rem abſtulit propriâ autoritate, ſi dominus rem illam amittere debet?

Quidam fingunt, ibi agi de fure fugiente 4
à quo licet propriâ autoritate rem auferre. *l. ait Prætor.* 10. § *ſi debitorem ff. quæ in fraud. credit.* Urget enim neceſſitas rei noſtræ ſervandæ adverſus fugientes, nam ſi fugâ ſemel evaſerint, fruſtrà Magiſtratùs auxilium implorabimus. arg. *text. in l. ult. C. in quib. cauſ. reſtit. in integ. neceſ. l.* 1. *C. quando liceat unicuique.* Quod jus & in Decuriones fugientes exercetur. *l. generali* 54. *C. de Decurion. l.* 1. *C. ubi quis de curial. vel cohort.* hæc autem facultas injiciendi manus in debitores fugientes innixa eſt legibus XII. *Tabul.* quibus cavebatur: *ſi calvitur pedemve ſtruit, manum endo jacito.*

Sed huic interpretationi non poſſum acquieſcere. Nam repugnat narrationi facti. Fur vas protulit in judicio, non cum vaſe aufugit.

Alii exiſtimant, dominum abſtuliſſe rem 5
ſuam non propriâ autoritate, ſed modis legitimis, nempè judicio, quaſi Judex vas prolatum domino reddi juſſerit. Nam & id, quod actione, & judicio conſequimur, *auferri* dicitur. *l. duobus* 85. *ff. de legat.* 1. *l.*

Digitized by Google

ſi pro re 22. § ult. ff. de evict̃ion. l. chirographis §. ult. ff. de adminiſtr. tutor. l. creditor. in princ. & l. ſi prior. §. ſi ſimpliciter ff. qui potior. in pignor. l. venditor 21. in fin. ff. de hered. vel action. vendit. l. cum filius 76. in princ. ff. de leg. 2.

6 Sed duriſſima eſt hæc interpretatio. Primùm enim JC. non ait furem condemnatum fuiſſe ad rem reſtituendam, & ad duplum rei, ſed ſolum ait dupli condemnatum fuiſſe. Præterea non poterat Judex condemnare furem ad rem reſtituendam, quia apud eum furti actum erat, & actio furti ſolam pœnam perſequitur, non rem ipſam. § *furti actio Inſtit. tit. de obligat. quæ ex delict.* §. *ſic itaque diſcretis Inſt. tit. de action. l. ſi pignore*
7 *54. §. cum furti ff. de furt.* Ad repetendam enim rem competit rei vindicatio, & condictio furtiva. *d. §. furti actio, & d. §. ſic itaque l. ancillæ 12. cum ſeq. C. de furt. l. ſi pro fure 7. in fin. cum l. ſeq. ff. de cond. furt.* Denique quorſùm narratur à JC. vas à fure prolatum fuiſſe in judicio, & à domino ablatum, niſi ut intelligatur, dominum rem ſuam arripuiſſe, & de manibus furis extorſiſſe? Certè tota illa narratio eſſet ſupervacanea, ſi fur à Judice condemnatus vas reſtituiſſet domino.

8 Ego, ut dicam quod ſentio, non intelligo, cur in hac lege interpretanda D. D. noſtri tantoperè ſe torqueant: cùm clara ſit ejus ſententia. Primùm enim ibi non quæritur, an dominus auferens rem ſuam à fure, eam amittat: neque enim hac de re actum erat in judicio: nec agi potuerat, quia hoc poſt inchoatum judicium ſupervenit. *l. non quemadmodum ff. de judic. l. non poteſt videri ff. eod. l. bovem §. ſi ſub conditione ff. de Ædil. Edict.* Igitur quæſtio ejus legis non eſt de amiſſione rei, propriâ autoritate occupatæ: ſed de actione furti, quâ actum erat in judicio, & de condemnatione Judicis, qui furem dupli condemnavit. Quærebatur autem, an rectè furem dupli condemnaſſet, etiamſi dominus pendente judicio rem ſuam recuperaſſet. Et reſpondit JC. rectè condemnatum fuiſſe, quia in actionem furti, quæ tota pœnalis eſt, non venit res ſubrepta. Itaque ſive jure, ſive injuriâ rem ſuam furi dominus abſtulerit: & ſive eam amittat, ſive jure poſſit retinere: hoc nihil attinet ad actionem furti, in qua de re ipſa non quæritur, nec quæri poteſt, quia in actione pœnali res ſubrepta non continetur. *d. §. furti actio Inſtit. tit. de obligat. quæ ex delicto.* cum aliis ſuprà laudatis.

Si actum fuiſſet actione vi bonorum rap- 9
torum in quadruplum, & dominus à raptore rem abſtuliſſet, tunc minuenda fuiſſet à Judice condemnatio, quia in quadruplo hujus actionis ipſa res continetur: *princ. tit. Inſt. vi bonor. rapt. l. 1. §. in hac actione ff. eod.* cum actio vi bonorum raptorum mixta ſit, & partim pœnam, partim rem ipſam perſequatur. *§. vi autem bonorum Inſt. tit. de action.* Ac propterea non deberet Judex reum condemnare ad reſtituendam rem domino, qui eam recuperavit. At in actione furti, quæ merè pœnalis eſt, non poteſt Judex habere rationem rei, quæ petita non fuit, cum in actione illa, quâ actum eſt, minimè contineatur. Debet enim reum condemnare 10
juxta naturam actionis, quæ fuit intentata. *§. 1. & ſeqq. Inſtit. tit. de offic. Judic.*

At enim actor, qui rem ſuam furi abſtu- 11
lit, eam amittit. *l. ſi quis in tantam C. unde vi. §. recuperandæ Inſtit. tit. de interd. §. ita tamen Inſtit. tit. vi bonorum rapt.*

Utcumque ſit, certè hac de re agendum 12
eſt alio judicio, & novâ interpellatione, novo judicio opus eſt. *l. Anteus §. ult. ff. de aqua, & aquæ pluv. arc. l. non poteſt videri 23. ff. de judic. l. de his rebus 46. ff. de recept. arbit. l. tigni 7. §. ult. ff. ad exhib. l. litis conteſtatæ 37. in princ. ff. de negot. geſt.* Itaque rectè judicavit Judex, qui nullam rationem habuit ejus quod poſt litem conteſtatam ſupervenit, & quod in libello petitum non erit, nec conveniebat actioni, quâ apud eum actum erat. An enim ſententiam diceret, non convenientem actioni intentatæ? An ſententiam diſcrepantem à libello, & petitione actoris? An ſententiam diceret de eo, quod in judicium deductum non eſt? ſunt hæc abſurda, & aliena ab officio, & poteſtate Judicis. *l. ut fundus 18. ff. commun. divid.*

Digitized by Google

Itaque ſi fur rem ſibi ablatam reſtituendam eſſe contendat, ad eam recuperandam aget, & alio judicio jus ſuum experietur. Diſputabitur autem in eo judicio, an dominus auferendo rem ſuam, quam fur à domino clam poſſidebat, incidat in pœnam amiſſionis per *text. in l. ſi alius 7. §. belliſſimè, & in l. ult. §. ſi januam ff. quod vi aut clam.* Quæ diſputatio, cùm omninò ſit aliena à judicio furti, in eo peragi non potuit.

Ac ſi peragi potuiſſet, & hac de re Judex furti cognoſcere potuiſſet, tamen cum hæc ad actionem furti non pertineat, ſed ad aliam actionem, rectè Judex furem dupli condemnaſſet, ut ait ibi JC. etiamſi viciſſim deberet condemnare reum ad vas ablatum reſtituendum. Cum enim actio furti pœnalis vas illud non contineat, duæ condemnationes eſſent neceſſariæ: altera furis in duplum: altera domini actoris in reſtitutionem vaſis ablati. Sed, ut dixi, hæc reſtitutio vaſis ablati ad cognitionem hujus Judicis non pertinet: hic enim de furto cognoſcere debet, quod ſolummodo in judicium deductum eſt: reſtitutio autem vaſis pendet à facto, omninò ſeparato à facto furti, quod in hoc judicium deductum non eſt.

CAPUT XXVIII.

Ad l. 3. §. ſi rem ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.

SUMMARIUM.

1 *Poſſeſſio acquiritur ſolo animo ſine apprehenſione; quin & dominium; cur non & furto admittatur.*
2 *Multum intereſt volente, an invito domino quis poſſeſſionem acquirat.*
3 *In furto non ſufficit conſilium, ſed factum requiritur, & ipſa contrectatio. & n. 10.*
4 *Opponuntur varia Leges & cum his quoque Gellii & Plauti loca.*
5 *Ficta contrectatio in furto non admittitur.*
6 *Nec inficiatione furtum fit.*
7 *Exponitur ſingulatim* l. 1. ff de Furt.
8 *Vis & ſignificatio verbi* occultare; *ut &* abnegare.
9 *Explicatur* l. ſi quis uxori §. neque verbo ff. de Furt.
11 *Item* l. inficiando, in princ. ff. eod.
12 Dactyliothecæ *ſignificatio minus nota ex Plinio.*
13 *Porro demonſtratur auctoritate Veterum contrectationem deſiderari, etiamſi res ſit in noſtra poteſtate. & n. 18.*
14 *Detentio conjuncta animo furandi non eſt ſpecies contrectationis.*
15 *Exponitur* l. certi condictio 9. *cum* l. ſeq. ff. de Reb. cred. *& de theſauro adde n. 17.*
16 *Non ſufficit contrectatio in furto, ſed eò amplius debet eſſe fraudulenſa; præterea in ipſo contrectandò actu fraus adeſſe debet, nec ſufficit eum poſtea ſupervenire.*
19 *Solvuntur leges obſtantes. ut* l. ſi rem mobilem 47. ff. de acquir. poſſeſſ. *Differentia inter res mobiles & immobiles, quoad acquirendam poſſeſſionem.*
20 Rem invadere *quid ſignificet, occaſione* d. l. 47. de acquir. poſſeſſ.
21 *Reſponſio ad* l. ſi quis rem 20. ff. eod
22 *Furti eſſentia in contrectatione conſiſtit, non in poſſeſſionis interverſione. Ergò & hereditati furtum fit, & alterius rei, cujus nullus eſt poſſeſſor.*
23 *Reſpondetur ad* l. ſi alienum C. de Furt. *ubi de ſervi & animalium contrectatione.*
24 *Item ad* l. ſi quis uxori. §. eum creditorem ff. de Furt. Celare *eſt amovere, adeoque & contrectare.*
25 *Porro ad* l falſus §. ſi is qui debitum ff. de Furt. *in qua contrectatio velut longa manus.*
26 *Necnon ad* l. ſi is qui rem 66. §. eum qui ff. de Furt.
27 *Sicut etiam ad exemplum fugitivi.*
28 *Denique reſpondetur ad auctoritates Gellii & Plauti.*

HAnc legem ſubtiliter, & copiosè, ut ſolet, & præter communem opinionem expoſuit Juris conſultiſſimus Cheſius; adeo ut videri poſſit actum agere, qui in ea explicanda amplius elaboret. Sed quia tam acutas interpretationes plerique non concoquunt: idcircò à nobis explicabitur pinguiore Minervâ.

Si rem apud te depoſitam furti faciendi cauſâ contrectaveris, deſino poſſidere: ſed ſi eam loco non moveris, & inficiandi animum habeas; plerique Veterum, & Sabinus & Caſſius rectè reſponderunt, poſſeſſorem me manere, quia furtum ſine contrectatione fieri non poteſt, nec animo furtum admittitur.

Videtur regulis Juris maximè repugnare 1
hoc Pauli reſponſum. Etenim poſſeſſio acquiritur etiam ſine apprehenſione rei, ejuſve contrectatione, aut loco motione, quando res eſt in poteſtate ejus, qui vult adipiſci

poſſeſſionem : & quod magis eſt, acquiritur etiam dominium. *l.* 1. §. *ſi juſſerim l. quod meo* 18. §. *ſi venditorem l. quarumdam ff. de acquir. poſſ. l. ſi fur.* 32. *in princ. ff. de uſuc. l. certi condictio* 9. *in fin. ff. de reb. cred. l. qui negotia* 34. *ff. mand.* §. *interdum Inſt. tit. de rer. diviſ. l. qua ratione* §. *interdum ff. de acquir. rer. dom. l. abſenti* 10. *ff. de donat. l. ſi ſponſalibus* 58. *ff. de jur. dot. l. ſi ſervus* 21. §. *ſi rem ff. de acquir. rer. dom.* Itaque qui apud horreum ejus claves accipit, mercium in horreo conditarum poſſeſſionem, & dominium acquirit, quia earum apprehendendarum poteſtatem nanciſcitur *l. clavibus.* 74. *ff. de contr. empt.* Et qui fundum ingreditur animo poſſidendi, totum fundum incipit poſſidere, licet eum non circumambulet *l.* 3. §. 2. *ff. de acquir. poſſ.*

2 Sed ad hæc, & hujus generis cætera eſt prompta reſponſio. Facilius acquiritur poſſeſſio vacua, & domino volente, quam intervertatur invito domino. Hæc enim avelli debet à domino, à quo retinetur : non debet autem ignoranti, ne dum invito, poſſeſſio tolli, etiamſi ab eo ſolo animo retineatur *l. quamvis* 46. *ff. de acquir. poſſ.* Animo enim amittitur poſſeſſio, ſicut acquiritur *d. l. quamvis & l. quemadmodum ff. eod.* Quando autem vacua eſt poſſeſſio, aut à domino ceditur, concurrit animus acquirentis cum animo amittentis : ac propterea ſi præceſſerit factum apprehenſionis, nihil aliud requiritur, & poſſeſſio transferatur neceſſe eſt. Rectè Paulus in *l.* 1. §. *ſi vir uxori ff. de acquir. poſſ. ſi vir uxori cedat poſſeſſionem donationis cauſâ plerique putant poſſidere eam, quia res facti Jure Civili infirmari non poteſt: & quid attinet dicere non poſſidere mulierem, cùm maritus, ubi noluit poſſidere, protinus amiſerit poſſeſſionem* ? Si ingrediar fundum voluntate domini, totius fundi poſſeſſionem illicò acquiro *l.* 3. §. 1. *ff. de acquir. poſſ.* Imò ſi venditor fundi in mea turre mihi demonſtret fundum venditum, vacuamque poſſeſſionem ſe tradere dicat, non minus poſſidere incipio, quam ſi pedem finibus intuliſſem. *l. quod meo* §. *ſi venditorem ff. eod.* Contrà ſi ingrediar fundum animo occupandi poſſeſſionem invito domino, eam non acquiro *d. l. quod meo* §. *ſi dum in alia l.* 3. §. *etſi alii ff. l. clam* 6. §. *ult. l. ſi id quod* 25. §. *ult. l. quamvis* 46. *ff. eod.*

3 Item volente domino rei præſentis poſſeſſionem acquirimus, etiam oculis, & affectu. *l.* 1. §. *ſi juſſerim ff eod.* & poſſeſſionem mercium acquirimus acceptis clavibus in conſpectu horrei, vel cellæ vinariæ *l. clavibus ff. de contr. empt.* At in furto, quod fit invito domino, oculis & affectu non acquiritur poſſeſſio etiam rei præſentis: atque ideò, ſi quis animo furandi conclave fuerit ingreſſus, furtum non facit, ſi nihil abſtulerit *l. vulgaris* 21. §. *qui furti ff. de furt.* Item ſi majoris ponderis quid aperuit, aut refregit, quod tollere non potuit; non omnium rerum fur eſt, ſed earum tantum quas tulit *d. l. vulgaris* §. *item ſi.* Non ſolum igitur requiritur contrectatio, ſed contrectatio cum effectu, nam ſi contrectetur quod tolli non poteſt, non tamen ejus fit furtum, aut poſſeſſio intervertitur. Et tantum abeſt, ut ſufficiat ſolus animus, aut conſilium quando res eſt in poteſtate : ut nec ſufficiat quidem factum ipſum, & præparatio ad contrectandum. Quamobrem, ſi quis arcam refregerit eo conſilio ut uniones tolleret, furtum non facit arcam frangendo, ſed uniones contrectando. *l. ſi quid fur.* 22. §. *ſi eo conſilio ff. de furt.* Et ideò rectè Paulus in lege noſtra ait : *poſſeſſorem me manere, quia furtum ſine contrectatione fieri non poteſt.* Cùm enim furtum non fiat, nec poſſeſſio intervertitur ex cauſa furti : furtum autem non fit, quia deeſt contrectatio ; quæ adeo neceſſaria eſt, ut ſynonyma exiſtimentur : *contrectare* & *furtum facere. l. cum creditor* 55. *ff. de furt.* Non ſunt igitur hæc contraria Pauli reſponſo : ſunt tamen alia, quæ magis adverſari videntur.

4 Primùm enim Papinianus in *l. ſi rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poſſ.* ait, depoſitario & commodatario conſtituentibus ſibi poſſidere, & rem domino non reddere, confeſtim dominum amittere poſſeſſionem. Ergò ſolo animo, ſine ullo facto poſſeſſio intervertitur.

Confirmat id Marcellus in *l. ſi quis rem* 20. *ff. eod.* ubi reſpondit dominum invitum poſſeſſione interverti à commodatario, qui recuſat rem commodatam tradere emptori jubente domino, aut ipſi domino repoſcenti reddere.

Præterea in *l. alienum C. de furt.* Alexander Imperator duobus modis furtum fieri reſpondit, aut contrectando ſervum, aut illum detinendo: ibi, *& ſi contrectet, vel apud ſe detinuerit, furtum facit*; ergò & qui retinet, furtum facit, licet non contrectet.

In *l. ſi quis uxori* §. *eum creditorem ff. de furt. Eum creditorem, qui poſt ſolutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, ſi celandi animo retineat, quod verum eſſe arbitror.* Nihil aliud hic exigitur, quàm ut retineat animo furandi.

In *l. falſus* 43. §. *ſi is qui indebitum ff. eod. Si is qui indebitum accipiebat, delegaverit ſolvendum, non erit furti actio, ſi cum eo abſente ſolutum ſit: caeterùm ſi præſente, alia cauſa eſt, & furtum facit.* Sola præſentia requiritur: nempè ut ſit in poteſtate.

In *l. ſi is qui rem* 66. §. *eum qui ff. de furt. Eum qui mulionem dolo malo in jus vocaſſet: ſi interea mulæ perierint, furti teneri Veteres reſponderunt.*

His additur exemplum fugitivi. Fugitivus nemo fit ſolo conſilio. Facto opus eſt, quo ſe proripiat è poteſtate domini *l. bovem* §. 1. *ff. de Ædil. Edict. l. fugitivus ff. de V. S.* & tamen ſi quis imprudens, aut invitus domini poteſtatem evaſerit, & poſtea cùm redire poſſet, mutato conſilio redire noluit, ſolo animo fit fugitivus *l. quis ſit fugitivus* §. *idem ait, ſi ſervus ff. de Ædil. Edict.*

Accedit Sabini autoritas quem Gell. refert *lib.* 11. *cap. ult. in fin. Hæc quidem in eo, quo nunc dixi, libro Sabinus ſcripſit de rebus furti faciendi cauſâ attrectatis. Sed meminiſſe debemus ſecundum ea, quæ ſuprà ſcripſi: furtum ſine ulla quoque attrectatione fieri poſſe, ſolâ mente atque animo, ut furtum fiat, annitente. Quocircà ne id quidem Sabinus dubitare ſe ait, quin dominus furti ſit condemnandus, qui ſervo ſuo uti furtum faceret, imperavit.* Non diſſentit Plautus in *Pænul. act.* 1. *ſc.* 1.

> ——— *continuò tibi*
> *Negabit. quid tu dubitas, quin extemplò*
> *Duplo tibi auri & hominis fur leno fiet?*

Et *act.* 3. *ſc.* 1.

> *Ille negabit, Milphionem quari cenſebit tuum.*
> *Id duplicabit omne furtum, leno addicetur tibi.*

Et *ſc.* 4. *act.* 3.

> *Extemplò denegabit: homo furti ſe adſtringet.*

Quamquam hæc omnia magni momenti 5
ſint, tamen adeo manifeſta eſt Pauli ſententia, ut niſi verba cavillari velimus, nullus uſquam pateat evadendi locus. Neque enim illud dici poteſt ibi agi de ficta contrectatione, quæ fit ſolo animo, cùm res eſt in noſtra poteſtate. Ait enim Paulus, quod depoſitarius, qui rem loco non movet, furtum non facit, quia furtum ſine contrectatione non fit, nec animo furtum admittitur. Agit igitur de contrectatione, quâ res loco movetur, non de ea, quæ fit animi deſtinatione. Contrectatio hic refertur ad loco motionem, & opponitur animo. Planè ſi depoſitarius ſolo animo furtum admitteret, abſurda eſſet illa ratio, & cum dicto pugnaret: depoſitarius ſi rem loco non moverit & animum inficiandi habeat, furtum non facit, quia animo furtum non admittitur.

Nec illud dici poteſt, eum, qui animum 6
inficiandi habet, furtum non facere, quia nondum inficiatur, ſed inficiabitur cùm depoſitum repoſcetur: nam qui animum faciendi habet, non facit. Speciem veri hæc haberent, ſi inficiatio eſſet furtum: tunc enim rectè diceretur, furem non eſſe, qui animum habet inficiandi, quia hic non inficiatur. Sed cùm inficiatio non ſit furtum *l. inficiando ff. de furt.* non video quid hæc ad rem pertineant. Porro ſi animo rem ſibi habendi furtum facit depoſitarius; etiam animo inficiandi furtum faciet. Etenim animus inficiandi involvit animum retinendi depoſitum. Idcircò enim paratus eſt inficiari

Digitized by Google

depoſitum quandocumque repoſcetur, quia jam deſtinavit depoſitum non reddere. Propterea verò nunc non inficiatur, quia nunc non repoſcitur. Si nunc repoſceretur, nunc inficiaretur. Habet igitur in præſens animum non reſtituendi depoſitum, ſibique habendi: & ſi hîc animus ſufficit ad furtum faciendum, utique furtum facit. Quocircà non dixit Paulus eum furtum non facere, quia furtum non admittitur animo inficiandi, aut animo furandi in futurum: ſed generaliter dixit, *nec animo furtum admittatur.* Licet enim nunc non inficietur, quia nunc non repoſcitur, tamen nunc habet animum lucri faciendi, & furandi: nihilominus tamen furtum non admittit, quia animo furtum non admittitur.

7 Et hæc eſt germana Pauli ſententia, quam confirmat in *l.* 1. *ff. de furt.* Primùm ibi docet *fures* à *ferendo* nuncupatos fuiſſe: hinc deducit ſolam cogitationem furti faciendi furem non facere, quia qui animum furandi habet, nihil aufert. Atque hoc probat exemplo depoſitarii, qui depoſitum abnegat. Animadvertendum eſt enim in ea lege omnia eſſe inter ſe apta atque connexa. Depoſitarius qui depoſitum abnegat, furti non tenetur, ideò quia ſola cogitatio furti faciendi non facit furem: & ideò non facit furem, quia *fures* ab *auferendo* dicti ſunt. Non agitur hic de depoſitario, qui habet animum inficiandi in futurum, ſed de eo, qui depoſitum abnegat in præſens. Nec poſſunt hæc intelligi de ſola cogitatione, ſejunctâ à detentione rei: nam abſurdè ſubjiceretur exemplum depoſitarii, qui rem detinet. Age verò perpendamus omnia verba. *Sic is qui depoſitum abnegat, non ſtatim etiam furti tenetur, ſed ſi intercipiendi cauſâ occultaverit.* Hæc laudatus Auctor interpretatur de eo, qui, aut interim non poteſt, aut non tenetur depoſitum reddere juxta *l.* 1. *§. eſt autem ff. depoſ.* qui non occultat depoſitum animo intercipiendi, ſed differendi reſtitutionem, quoad veniat tempus reſtituendi. Sed huic interpretationi repugnat cùm ratio ipſa, tum verborum ſignificatio. Repugnat ratio ipſa: quia ibi quæritur an furtum fiat cogitatione furti faciendi: ergò ſupponendum eſt depoſitarium abnegare depoſitum animo furandi, non differendi reſtitutionem in tempus magis opportunum. Alioquin exemplum eſſet alieniſſimum à quæſtione propoſita. Præmittitur regula: quod ſolâ cogitatione furtum non fit: ſubjicitur ſtatim exemplum depoſitarii ad explicandam regulam: ergò ſupponitur depoſitarium habere animum furti faciendi.

Repugnat etiam ſignificatio verborum. 8 *Occultandi* verbum refertur ad factum abſcondendi, non ad animum *l. Fulcinus. §. quid ſit autem & §. illud ſciendum ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l.* 1. *C. de his qui latrones vel alior. crim. reos occult.*

Ovid. *lib.* 2. *Metamorph.*

—— *& arte ſuâ ſylvis occultat abactas.*

Plaut. *in Trinum.*

Neque latebroſè me abs tuo
Conſpectu occultabo.

Cic. *pro Leg. Manil.*

Et ita regnat, ut ſe non Ponto, neque Cappadociæ latebris occultare velit.

Et *pro Sextio.*

Corpus ſenile paludibus occultavit.

Cæſ. *de Bell. Gall. lib.* 6.

Qui proximi Oceano fuerunt: ii in Inſulis ſe occultaverunt.

Non aliter ſentit Paulus in noſtra lege: opponit enim eum qui occultat, illi qui ſolum habet animum furti faciendi. Nec illud dici poteſt, quod ſatis occultet, qui abnegat. Etenim Paulus hic diſtinguit eum qui abnegat, ab eo qui occultat, & præter inficiationem, requirit etiam occultationem: ergò diverſa eſt hæc ab illa: verbum etiam *abnegandi* demonſtrat hîc agi de depoſitario, qui negat ſe habere depoſitum: non de eo, qui differt ſolutionem in aliud tempus: hic enim non abnegat depoſitum *l. quod ſervus* 11. *ff. depoſ.* Plin. *lib.* 10. *epiſt.* 97. de Chriſtianis ſui temporis. *Seque ſacramento non in ſcelus obſtringere: ſed ne furta, ne latrocinia, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depoſitum appellati abnegarent.*

Juven. *Sat.* 13.

Dummodo vel cæcus teneam, quos abnego, nummos.

Digitized by Google

9 Accedit autoritas Ulpiani in *l. ſi quis uxori §. neque verbo ff. de furt. Neque verbo, neque ſcripturâ quis furtum facit: hoc enim jure utimur, ut ſine contrectatione furtum non fiat.* Hæc verba comprehendunt etiam eum, qui rem habet in poteſtate: tum quia generalia ſunt: tum quia magis huic conveniunt, quam ei qui rem non detinet. Quis enim tam fatuus eſt, ut verbis, vel ſcripturâ profiteatur ſe furtum feciſſe? Aut quis dubitare poſſit eum non facere furtum. Quam abſurdè tam manifeſtam ſententiam confirmaſſet Ulpianus illis verbis: *hoc enim jure utimur &c.* Agitur ergò ibi de illis, qui cùm rem detineant, negant ſe accepiſſe, vel reddituros quod acceperunt. Hos autem negat furtum facere, quia non contrectant, & hoc jure utimur, ut ſine contrectatione furtum non fiat. Meritò confirmat ſententiam ſuam hac regulâ in Jure ab omnibus receptâ, quia res habet in ſe difficultatem: & ideò etiam Pau-
10 lus in noſtra *l. 3.* id confirmavit autoritate Sabini, & Caſſii & plerorumque Veterum, qui eâdem prorſus ratione movebantur, *quia furtum ſine contrectatione fieri non poteſt.* Conſtat ergò furtum non facere eos qui verbo, vel ſcripturâ negant reddere quod detinent. Nec dubitari poteſt hîc agi de illis, qui negant animo furti faciendi: alioquin enim dixiſſet Ulpianus eos furtum non facere, quia ſine animo furtum non fit. Abſurdè confugiſſet ad neceſſitatem contrectationis, ſi deeſſet ſolus animus; ſi ideò furtum non fieret, quia animus deficeret. Falſa eſſet & inepta ratio illa, ſi furto obſtaret animi defectus, non defectus contrectationis.

11 In eandem ſententiam ivit Celſus in *l. inficiando. in princ. ff. de furt. Inficiando nemo furtum facit: neque enim furtum eſt ipſa inficiatio, licet prope furtum eſt: ſed ſi poſſeſſionem ejus adipiſcatur intervertendi cauſa facit furtum.* Non poteſt dubitari in hac lege agi de depoſitario, qui inficiatur animo furandi. Ait quod ejus inficiatio propè furtum eſt. Atqui hoc omninò falſum eſſet, ſi deeſſet animus furti faciendi. *§. placuit Inſt. tit. de oblig. quæ ex del. §. item ſi is. de uſucap. l. qui injuriæ 53. in princ. ff. de furt.* Nemo igitur inficiando depoſitum facit furtum, etſi habeat affectum furandi. Ac ne poſſeſſionem quidem adipiſcitur. Si enim hoc ipſo adipiſceretur poſſeſſionem, quod depoſitum inficiatur, ineptè, imò falsò ſubjeciſſet Celſus illa verba: *ſed ſi poſſeſſionem adipiſcatur intervertendi cauſâ furtum facit.* Hæc omninò ſupponunt depoſitarium inficiando depoſitum, non adipiſci poſſeſſionem, quemadmodum traditum eſt à Paulo in noſtra *l. 3.* Ergò præter inficiationem requiritur aliquis actus, quo poſſeſſio intervertatur.

Sed ſcrupulum quibuſdam injiciunt ver- 12
ba, quæ ſubſequuntur. *Nec refert in digito habeat annulum, an dactyliothecâ, quem cum depoſito teneret, habere pro ſuo deſtinavit.* Sed ſupponendum eſt eum habere præ manibus, aut in crumena dactyliothecam, ſicut ſupponitur habere in digito annulum; ut exemplum reſpondeat his, quæ antecedunt. Si ſecum habeat annulum, aut dactyliothecam, ſufficit ut annulum pro ſuo habere deſtinet, quia annulum quem ſecum habet, contrectat: & contrectando intervertit poſſeſſionem, licet annulus conditus ſit in dactyliotheca *l. qui ſaccum ff. de furt.* Quod ſi quis alteram lectionem præferat: *nec refert in digito habeat annulum, an dactyliothecam:* res erit expedita. Quam lectionem adjuvat Plinii locus *lib. 37. c. 1. Gemmas plures, quod peregrino nomine appellant dactyliothecam, primus omnium habuit privignus Sylla Scaurus.* Dubitabam olim an Celſus, qui Proculeïanus erat, potuerit fortaſſe ab aliis diſſentire. Certè Paulus in noſtra *l. 3.* citat Sabinum, & Caſſium. Caſſius autem Sabini diſcipulus fuit *l. 2. §. ult. verſ. & Sabino ff. de orig. Jur. l. qualem §. nunc videndum ff. de rec. arbitr.*

Sed ad rem redeamus. Non ſufficere ſolam 13
contrectandi poteſtatem demonſtrant Veteres, qui requirunt ipſam contrectationem etiam quotieſcumque res eſt in noſtra poteſtate: quo caſu ſolum animum requirere deberent. *In l. ſi ſervus 14. §. bove ſurrepto ff. de condict. furt. Bove ſurrepto, & occiſo, condictio & bovis, & corii, & carnis domino competit:*

Digitized by Google

competit : ſcilicet , ſi & corium , & caro contrectata fuerunt. Contrectatus fuit bos : non ſufficit : contrectari debet & corium , & caro. In *l. facienda* 8. *§. igitur ff. arbor. furt. caeſ. igitur ſi ceciderit , & lucri faciendi cauſâ contrectaverit , etiam furti tenebitur lignorum cauſâ.* In *l.* 3. *ff. rer. amot. Et ideò ſi poſt divortium eaſdem res contrectat , etiam furti tenetur.* In *l. Marcellus* 11. *ff. eod. ſive vir uxorem , ſive uxor virum domo expulit , & res amoverunt , rerum amotarum tenentur.* In *l. eum qui* 14. *§. Julianus ff. de furt. Non habebit furti actionem is apud quem res depoſita eſt , quamvis periculo ejus eſſe cœperit , qui eam contrectavit. l. ancilla* 60. *ff. eod. Ancilla fugitiva quemadmodum ſui furtum facere intelligitur , ita partum quoque contrectando furtum facit.* Non diſſimilia ſunt reſponſa in *l.* 1. *§.* 1. *ff. ſi is qui teſtam. lib. in l. ſervi* 17. *§.* 1. *in l. fullo* 82. *in princ. ff. de furt. in §. furtum Inſt. tit. de oblig. quæ ex del.* ubi Juſtinianus in depoſitario non ſolum requirit , ut contrectet rem depoſitam : ſed etiam id explicat exemplo ejus , qui re depoſitâ utitur , ut demonſtret requiri actum corporis , & veram contrectationem.

14 Neque defendi poteſt detentionem conjunctam animo furandi eſſe ſpeciem contrectationis. Hoc enim falſum eſſe ipſa loquendi ratio à Veteribus ſemper uſurpata convincit , qui numquam uſi ſunt verbo *detentionis* , ſemper autem *contrectationis* : convincit etiam ipſa verbi ſignificatio ; nam *contrectare* , ſeu *attrectare* , ut Veteres dicebant, eſt manibus tractare , & tangere. Quocircà rectè Theophilus hanc contrectationem dixit ψηλάφησιν , indicans actum palpandi , & attrectandi rem manibus. Item cùm Sabinus exiſtimavit etiam rerum immobilium furtum fieri , ut refert Gell. *lib.* 11. *c.* 18. reprobata fuit ejus ſententia *l. quam rem* 38. *in fin. ff. de uſucap. l. verum ff. de furt.* quia res immobiles loco moveri , & contrectari non poſſunt.

15 Sed omnium luculentiſſimè Pauli ſententiam confirmat diſtinctio tradita in *l. certi condictio* 9. *cum l. ſeq. ff. de reb. cred.* Depoſui apud te pecuniam , poſtea conveni ut eâ , tamquam mutuâ uteteris : ſtatim mutua fit. Contrà ſi ab initio , cùm deponerem , permiſi tibi uti cùm voles , non fiet mutua ſolâ voluntate , nec ſolâ voluntate dominium , & poſſeſſionem acquiris ; ſed tunc cùm eam loco moveris. Nimirum ad acquirendum dominium, & poſſeſſionem, non ſufficit animus intus latens : ſed neceſſe eſt ut erumpat in aliquem actum externum , quo animus ille declaretur : maximè cùm agitur de poſſeſſione alteri auferenda. Requiritur ergò animus aut cum præſenti conventione , aut cum præſenti contrectatione conjunctus. Animus autem ab omni facto disjunctus nullum habet effectum. Facilè enim hæc acquiſitio impeditur. Quapropter licet theſaurus in meo fundo conditus ſit in mea poteſtate ; & à nemine poſſideatur *l.* 3. *§. Nerva l. Pomponius* 13. *l. ſi rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poſſ.* Tamen quia perfectè ſub cuſtodia mea non eſt , ejus poſſeſſionem non acquiro , niſi loco moveam *l.* 3. *§. quidam putant ff. eod.*

Quæ de mutuo tradita ſunt in *d. l. quod* 16
ſi ab initio ff. de reb. cred. multò magis ſtatuenda ſunt in furto. Primùm quia furtum definitur contrectatio frauduloſa , *l.* 1. *§. ult. ff. de furt. §.* 1. *Inſt. de obl. quæ ex del.* adeoque de eſſentia furti eſt contrectatio : eaque frauduloſa. Licet autem ſupponamus præceſſiſſe apprehenſionem ex cauſa depoſiti, tamen illa non eſt ejuſmodi contrectatio , cujuſmodi in furto requiritur. Ea enim facta fuit bonâ fide , & juſta de cauſa , & volente domino ; ac propterea nullam fraudem habet adjunctam. Nec fraus , & mala fides ſuperveniens retròtrahitur ad initium. *l. un. ad fin. C. de uſuc. transform. l.* 2. *§. ſi defunctus ff. pro empt. §. diutina Inſt. tit. de uſucap.* Nec fingi poteſt nunc facta contrectatio. Si enim non fingitur in contractu *d. l. quod ſi ab initio*: quantò minus fingi debet in delicto. Eſt enim odioſum , nec fingi poteſt factum fuiſſe quod factum non eſt , & puniri qui verè non fecit. Nec eadem eſt ratio poſſeſſionis acquirendæ ex conventione. Nam poſſeſſio eſt detentio rei : detentio autem habet tractum temporis , & tamdiù durat , quam-

Digitized by Google

diù res eſt in noſtra poteſtate. Ergò quandocumque ſuperveniat animus, conjungitur cum præſenti detentione *l.* 3. §. *Neratius ff. de acquir. poſſeſſ.* & implet quod detentioni, & naturali poſſeſſioni deerat. *d.* §. *Neratius.* Contrà in furto requiritur contrectatio, quæ non habet tractum temporis, nec diutius durat, quàm quamdiu res attingitur. Quocircà fraus poſtea ſuperveniens non poteſt conjungi cum contrectatione, quæ multò ante præceſſit. Quamobrem deeſt contrectatio fraudulosa, quia quo tempore ſupervenit fraus, res amplius non contrectatur.

17 Præterea ſi requiritur motio, & attrectatus, ut depoſitum transformetur in mutuum, hoc eſt in alium contractum valdè ſimilem *l. Lucius Titius* 24. *l. ſeq.* §. 1. *& l. Publia Mævia* 26. §. 1. *ff. depoſ.* in contractum, in quo ſingularia multa recepta ſunt *l. ſingularia ff. de reb. cred.* quantò magis eadem requiretur ut depoſitum transformetur in delictum? Illa transformatio fit voluntate domini, ac propterea facilius transferri debet poſſeſſio, ut initio probavimus. Hæc fieri debet invito domino, quod multò difficilius admittitur.

Denique conventio eſt eſſentia contractûs *l.* 1. *ff. de pact.* Et licet ad mutuum contrahendum requiratur etiam traditio; tamen eadem traditio requiritur etiam in depoſito. Præceſſit igitur traditio, quæ in mutuo neceſſaria eſt: & quidem ſimul cum conventione transformandi depoſitum in mutuum.

18 Et tamen hæc non ſufficiunt ſine nova contrectatione. Contrà eſſentia furti eſt contrectatio. Et quamvis etiam affectus furandi requiratur §. *placuit Inſt. tit. de obl. quæ ex del.* tamen in hoc non conſiſtit eſſentia delicti: nemo enim cogitationis pœnam pati debet. *l. cogitationis ff. de pœn.* Eleganter Cato apud Gell. *lib.* 7. *cap.* 3. *Neminem, qui malè facere voluit, plecti æquum eſt: niſi quod factum voluit, etiam fecerit. Facta ſola cenſenda eſſe, atque in judicium vocanda: voluntates nudas, inaneſque negligendas, nec pœnis obnoxias eſſe.* Delictum igitur, adeoque etiam furtum in facto conſiſtit. Nec factum traditionis præcedentis furtum conſtituere poteſt: quia hujuſmodi factum, nedum furto non convenit, ſed maximè repugnat. Subripi enim, & auferri res in furto debet, non recipi à tradente. Ab invito debet auferri, non à volente ſuſcipi. *l. qui vas* 48. §. *q. i ex voluntate ff. de furt.* §. *ſed etſi credat* 8. *Inſt. de obl. quæ ex delict.* Optimè Papinianus in *l. procurator* 55. *ff. mand. Procurator, qui non res incluſas ſubtraxit, ſed ſibi traditas non reddidit, judicio mandati, non furti tenetur.* Etenim niſi contrectet res incluſas lucrandi animo, furtum non facit: quia præcedens traditio volente domino facta, non eſt idonea ad furtum faciendum.

19 His probè conſtitutis, legum, quæ initio opponebantur, prompta, atque expedita videtur explicatio. Primùm enim animadvertere oportet aliam quæſtionem à noſtra longè diverſam tractari in *l. ſi rem mobilem* 47. *& in l. ſi quis rem* 20. *ff. de acquir. poſſeſſ.* In illis non adducitur in controverſiam an ſolo animo poſſeſſio intervertatur. Quocircà (ut aïunt in ſcholis) ſupponendi ſunt termini habiles; hoc eſt, ſupponendum eſt ibi concurriſſe ea omnia quæ requiruntur ad intervertendam poſſeſſionem: licet non exprimantur. In *l. ſi rem mobilem* proponitur differentia inter res mobiles, & immobiles quoad acquirendam poſſeſſionem, aut amittendam. In lege præcedenti ſtatuerat Papinianus ignorantem non amittere poſſeſſionem rei immobilis. Nam rei immobilis poſſeſſionem amittimus, ſi aut dejecti fuimus, aut ab occupante excluſi cùm revertimur, vel ſi abjicimus animum revertendi, *l. naturaliter ff. de uſurp. & uſuc. l.* 1. §. *interdictum autem ff. de vi. l. clam poſſidere. in fin. l. etſi nolit. ff. de acquir. vel am. poſſ.* Cæterùm quandiù ignoramus poſſeſſionem ab alio occupatam fuiſſe, eam non amittimus. Et hoc ſtatuitur in *l. quamvis ſaltus* 46. *ff. eod.* quæ præcedit hanc legem. Hoc conſtituto quærit deinceps Papinianus in noſtra *l. ſi rem* 47. an idem dicendum ſit de re mobili. Et ait rei mobilis poſſeſſionem amitti etiam ab ignorante. Itaque ſi depoſitarius aut commodatarius ignorante domino invadunt rem depoſitam, aut commodatam, confeſtim in-

tervertunt poſſeſſionem. Hæc eſt ejus legis ſententia. Licet igitur ſupponat Papinianus interverti poſſeſſionem ſtatim ac illi ſibi rem poſſidere, eamque non reddere conſtituerunt; tamen, ut dixi, ſupponendi ſunt termini habiles: hoc eſt, eos non ſolo animo conſtituere ſibi rem habere; ſed accedente facto aliquo contrectationis, aut loco motionis. Neque enim ibi tractatur ea quæſtio; an ſolo animo poſſeſſio intervertatur: ſed an intervertatur ignoranti. Itaque ſupponendum eſt concurrere ea, quæ ſunt neceſſaria ad intervertendam poſſeſſionem. Quemadmodum cùm in Jure noſtro enunciatur furti teneri eum qui contrectat. *l. eum qui* 14. §. *Julianus l. fullo.* 82. *in princ.* & paſſim. *ff. de furt. l. ſi ſervus* §. *bove ff. de condict. furt.* ſupponendum eſt eum habere animum furandi, quia ſine affectu furandi furtum non faceret §. *placuit Inſt. tit. de obl. quæ ex del.* Ita cùm hic traditum ſit interverti poſſeſſionem ignoranti, ſupponendum eſt concurrere contrectationem.

Et hac mente ea ſe protuliſſe indicat idem Papinianus in ea ipſa lege. Sic dicit enim. *Cujus rei forſitan illa ratio eſt, quod rerum mobilium neglecta, atque omiſſa cuſtodia, quamvis eas nemo alius invaſerit, veteris poſſeſſionis damnum afferre conſuevit.* Hoc argumento probat verum eſſe, quod dixerat. Si amittit poſſeſſionem rei mobilis, qui ejus cuſtodiam omittit, ac negligit, quamvis eam nemo alius invaſerit: multò magis illam amittit, cùm alius eam invadit. Suppo-nit igitur depoſitarium, & commodatarium
20 rem invaſiſſe. Invadendi verbum demonſtrat actum corporeum apprehenſionis, & contrectationis, *l.* 3. §. *ſi autem ff. de vi & vi arm. l.* 1. § *ſocius ff. de uſur. l.* 5. *C. unde vi.* Cic. 3. *in Verr. Iſte quod argenti placuit invaſit: quæ mancipia voluit, abduxit*, & in 2. *Philip. In multas præterea pecunias alieniſſimorum hominum, ejectis veris hæredibus, tamquam hæres eſſet, invaſit.*

21 Alia pariter quæſtio tractatur à Marcello in *l. ſi quis rem* 20. *ff. de acquir. poſſ* In *libro* XIX. *Digeſtorum* Marcellus tractabat eam quæſtionem, an illi qui rem alienam detinent, eamque juſſu domini non tradunt ei cui juſſit; ſemper intervertant dominum poſſeſſione. De commodatario agit in noſtra *l. ſi quis rem* 20. De depoſitario in *l.* 1. §. *eſt autem ff. depoſ.* De colono in *l. colonus ff. de vi & vi arm.* Et in his omnibus diſtinguit. Aut nullam habebant cauſam non tradendi rem juſſu domini, & poſſeſſionem intervertunt; aut habebant probabilem & rationabilem cauſam non reſtituendi, & eam non intervertunt. Non quæritur igitur an intervertant ſolo animo: ſed an cum cauſa, vel ſine cauſa: & ideò ſupponere oportet concurrere ea, quæ ſunt neceſſaria ad intervertendum: ſicut expreſſim adjicitur in *d. l. colonus*, ubi colonus non admiſit, adeoque dejecit miſſum à domino.

Antequam autem aliò progrediamur, monendum eſt fallax eſſe argumentum hujuſmodi. Furtum eſt interverſio poſſeſſionis; intervertitur poſſeſſio; ergò furtum fit. Nam & omnis homo eſt animal; non tamen omne animal eſt homo. Sed hoc omitto. Primùm non ſemper in furto poſſeſſio intervertit poſſeſſionem, qui lucrandi uſûs cauſâ contrectat; & tamen furtum facit. *l. qui jumenta* 40. *l. ſi pignore* 54. *in princ. l. fullo* 82. *ff. de furt.* §. *interdum Inſt. tit. de oblig. quæ ex delict. l. ſi ſacculum* 29. *ff. depoſ. l. ſi ut certo* §. *ſed interdum &* §. *quin imo l. in rebus. l. ult. ff. commod.* Labeo & Scævola apud Gell. *lib.* 7. *cap.* 15. Exemplum refert Valer. Max. *lib.* 8. *c.* 2. *in fin.* Errant igitur qui de furto judicant non ex contrectatione, ſed ex interverſione poſſeſſionis. Furti enim 22
eſſentia in contrectatione conſiſtit, non in poſſeſſionis interverſione. Et ideò rectè Paulus in noſtra *l.* 3. à furto ducit argumentum ad poſſeſſionis interverſionem, non ab interverſione ad furtum; ibi *poſſeſſorem me manere, quia furtum ſine contrectatione fieri non poteſt.* Non intervertitur igitur poſſeſſio, quia furtum non fit. Neque contrarium eſt quod ait Scævola in *l.* 1. §. *Scævola ff. ſi is qui teſtam. lib.* Nam Scævola ſolum negat fieri furtum, ubi nullus eſt poſſeſſor: non verò ducit argumentum ab interverſione ad furtum. Etenim etiam rei quæ ſine domino eſt,

Digitized by Google

furtum non fit *l. ult. ff. expil. hered.* & tamen furtum non eſt interverſio dominii: imò in furto non aufertur dominium *l. ſive* 10. *ff. de condict. furt. l. alienum* 6. *C. de furt.* Præterea furtum ſine contrectatione non fieri manifeſti Juris eſt *l. ſi quis uxori* §. *neque verbo ff. de furt. & noſtra l.* 3. At verò quod furtum non fiat hæreditati, quia nullus eſt poſſeſſor, magna fuit inter Veteres diſſenſio. Quamobrem cùm Trebatius inter ſcyphos illuſiſſet Ciceronem, quod hoc controverſum eſſe dixiſſet: citat contrariæ ſententiæ Auctores Sex. Ælium, M. Manilium, M. Brutum, qui putarunt hæreditati furtum fieri. Sed Scævolæ ſententia, quæ fuit etiam Trebatii, recepta fuit ab Ulpiano, & Paulo. Inter Recentiores etiam valdè diſputatur, an aliquando fiat furtum etſi nullus ſit poſſeſſor. Nam in *l. falſus* §. *ſi jactum ff. de furt.* & in *l. ſi homo ff. de uſuc.* furtum admittitur, licet nullus videatur eſſe poſſeſſor. Conſtat igitur magis propriè convenire furto contrectationem, quam interverſionis, adeoque non rectè ſentiunt, qui poſthabitâ contrectatione ſolam interverſionem poſſeſſionis ſpectandam eſſe arbitrantur, ut de furto judicetur.

23 Ad alia jam progrediamur. *In l. alienum C. de furt.* Imp. Alexander agit de eo, qui alienat ſervum alienum. Hunc autem furtum facere aït, ſi aut alienando ſervum contrectet: aut antequam alienet, apud ſe detineat: nempè ſi vel ipſum includat, vel eo utatur. Inanimata non contrectamus niſi ea attingamus, aut loco moveamus. Servi, & animalia ipſa ſe loco movent, & cùm vel ad noſtrum nutum, vel à nobis coacta loco moventur, ſatis contrectari videntur. Itaque qui aliena pecora abigit, fur eſt. *l.* 2. *ff. de abig.* Et qui ſervum aut ſponte ſequentem ducit, aut cogit invitum, aut domi detinet, fur eſt, quia hoc ipſo contrectat. Porrò ridiculum eſſet exiſtimare ſervi furtum non fieri, niſi cùm manibus palpatur. Aufert domino ſervum, & qui ſecum ducit, aut agit, aut detinet tam volentem, quam invitum.

24 In *l. ſi quis uxori* §. *eum creditorem ff. de furt.* creditor pignus retinet, & celat. Celare dicitur is, qui rem amovet *l. ſi concubina* §. 1. *rer. amot. l. ſi ſtuprum ff. de injur. l. Neratius* §. *quamvis ff. de ſervo corrupt. l. non ſtatim* §. *ult. ff. de leg. Fab. de plag. l. eum qui C. eod. l. adverſus C. de furt.* Quod in ea lege dicitur celandi animo retineri, dicitur celandi animo contrectari in *l. res communis* 45. *ff. pro ſoc.* Celandi actus corporeus eſt, & involvit ablationem, occultationem, contrectationem *l. ſi de eo fundo* §. *ſervum ff. de acq. poſſ.*

In *l. falſus* §. *ſi is qui indebitum ff. de furt.* 25 volens ſolvebat indebitum, adeoque ipſe deſinebat animo poſſidere, nec invito poſſeſſio auferebatur. Hoc caſu poſſeſſio etiam oculis & affectu acquiritur *l.* 1. §. *ſi juſſerim ff. de acquir. poſſ.* dummodo res præſens ſit, & apprehendi poſſit. *l. clavibus ff. de contr. empt. l. prædia ff. de acquir. poſſ.* Elegans in hanc rem Javoleni reſponſum in *l ſi pecuniam* 79. *ff. de ſolut. Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem, ſi in conſpectu meo ponere te jubeam, efficitur ut & tu ſtatim libereris, & mea eſſe incipiat: nam tum quod à nullo ejus rei poſſeſſio corporaliter detinetur, acquiſita mihi, & quodammodo manu longâ tradita videtur.* Mihi igitur tradita videtur, & à me tangi, & contrectari, cùm in conſpectu ponitur. Tacit. *lib.* 3. *Nam quo pertinuit nudare corpus, & contrectandum vulgi oculis permittere.* Gell. *lib.* 6. *c.* 8. *Vetuit in conſpectum ſuum deduci, ut eam ne oculis quidem ſuis contingeret.* Et quamvis pecunia non ipſi, ſed alteri ſolvatur, tamen cùm ejus juſſu ſolvatur, ipſi ſolvi videtur, & ab eo alteri tradi: & celeritate conjungendarum actionum altera occultatur: ut optimè explicat Ulp. in *l.* 3. §. *pen. & ult. ff. de don. int. vir.*

In *l. ſi is qui rem* 66. §. *eum qui ff. de furt.* 26 qui mulionem in Jus vocavit, dolo malo furti tenetur, non quia furtum fecerit, ſed quia ope, & conſilio ejus furtum factum fuit. Nam mulionem dolo malo in Jus vocavit, ut interim ab alio mulæ ſubriperentur: adeoque furti tenetur §. *interdum quoque Inſt. tit. de oblig. quæ ex delict. l. in furti actione* §. 1. *& ſeqq. ff. de furt.*

Digitized by Google

17 Ad exemplum fugitivi facilè reſpondetur. Fugæ nomen non tam conſilii, quam facti eſt, *l. bovem* §. 1. *ff. de Ædilit. Edict.* & fugitivus intelligitur non ſecundum propoſitionem ſolam, ſed cum aliquo actu. *l. fugitivus* 225. *ff. de V. S.* Sed actus, qui requiritur, non eſt loco motio, ſed manſio extra domum domini *l. quid ſit fugitivus. in princ. ff. de Ædil. Edict.* ibi *quid ſit fugitivus definit Ofilius. Fugitivus eſt, qui extra domini domum fugæ causâ, quo ſe à domino celaret, manſit.* Cùm igitur fugitivus definiatur is, qui manet extra domini domum: neceſſe eſt, ut qui fugæ cauſâ abductus eſt imprudens, aut invitus, ſi poſtea re cognitâ redire nolit; & fugæ cauſâ extra domum domini maneat, ſit fugitivus. Contrà furtum non eſt retentio rei alienæ, ſed contrectatio.

28 Ad Gellii autoritatem facilè reſpondetur. Nititur ille autoritate Sabini, quem conſtat exiſtimaſſe furtum non fieri ſine contrectatione: ex noſtra *l.* 3. §. *ſi rem.* Conſtat igitur Gellium agere de eo, cujus ope & conſilio furtum fit; ex exemplis, quæ affert ex Sabino: & ideò ait, *ſolâ mente atque animo ut furtum fiat, annitente.* Non igitur ille furtum facit, ſed ope, & conſilio annititur, ut ab alio furtum fiat.

Plauti autem autoritati non eſt deferendum, qui putat etiam errantem, ſine animo furandi, furti obſtringi.

CAPUT XXIX.

Ad l. ſi quis conduxerit 46. *ff. Locat.*

SUMMARIUM.

1 *Conductio facta uno nummo nulla eſt, ſiquidem nulla ſit proportio unius nummi ad uſum rei, qui in locatione conceditur, & nummus intervenit ad ſimulandam locationem, ſecus verò ſi conductionis juſta merces ſit nummus.*

2 *Inter virum & uxorem donationis cauſâ imaginaria venditio contrahi non poteſt.*

3 *Quando quis non decipiendi cauſâ, ſed animo donandi in iis cauſis, in quibus donatio non eſt interdicta, nummo uno conduxit aut emit, licet contractus non valeat jure locationis, vel venditionis, valet jure donationis.*

4 *Nummus pro re minima habetur, & unde dictus ſit* ſeſtertius.

5 *Donatio antiquitùs fiebat nummo uno ſeſtertio, ſed hoc Juſtinianus ſuſtulit.*

6 *Solemnitates, quæ adhibebantur in mancipatione, ſine quibus res alienari non poterant.*

7 *Præter mancipationem inventus eſt alter ſolemnis modus abalienationis, quæ dicebatur in Jure Ceſſio, cujus ſolemnitates referuntur. Explicatur* §. Aliæ autem Inſtit. tit. de Donat.

8 *Per mancipationem, & imaginariam illam venditionem omnes ferè actus expediebantur, nam & teſtamenta, & emancipationes, & adoptiones fiebant.*

9 *Locatio & venditio facta uno nummo, quare non valeat.*

10 *Rejicitur interpretatio illa, quod locatio uno nummo facta non valeat, quia merces conſiſtere debeat in pecunia numerata, qualis non eſt unus nummus: quâ occaſione recenſentur multa, quæ minoris venibant quàm uno nummo, & de vilitate rerum, quæ antiquitùs erat.* Vinum tricotylum *apud Heſychium eſt, cujus tres cotylæ uno obolo venibant.*

11 *Etſi de ſubſtantia emptionis ſit pretium in pecunia numerata, tamen non eſt de ejus ſubſtantia quod pretium ſit juſtum; ideò venditio viliori pretio facta donationis cauſâ ſubſiſtit.*

12 *Locatio etiam valere debet, ſi minore mercede fiat donationis cauſâ, quia eadem regula locum habent in locatione, quæ in venditione.*

13 *Ut venditio aut locatio non ſubſiſtat, neceſſe eſt univerſam venditionem, aut locationem donationis cauſâ factam eſſe.*

ULpianus in *l. ſi quis conduxerit* 46. *ff. loc.* ait: *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla eſt, quia & hoc donationis inſtar inducit.* Idem confirmat in *l. ſi quis ante* 10. §. *ult. ff. de acquir. vel am. poſſeſſ. Si quis & conduxerit, & rogaverit precario ut poſſideret: ſiquidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio eſt quin ei precarium ſolum teneat, quia conductio nulla eſt, quæ eſt in uno nummo.*

Quid hoc rei eſt? annon poteſt res uno nummo conduci? Certè coquus ille apud Plautum *in Aulularia* nummo conductus erat.

Nummo ſum conductus, plus jam medico mercede opus eſt.

Neque aſſentior doctiſſimo Lambino, qui hoc accipit de nummo aureo. Quis enim credat ſenem avariſſimum, & pauperrimum coquum nummo aureo conduxiſſe ut agnum macrum coqueret: aut co-

quum ſemi exprobraturum ſe nummo aureo conductum fuiſſe? Pomponius quoque admittit locationem ſeu venditionem uſusfructûs uno nummo factam in *l. ſi uſusfructus 66. ff. de jure dot. §. ult.*

1 Sed veriſſimè dictum eſt ab Ulpiano, nullam eſſe conductionem uno nummo factam, ſi rectè id accipiatur. Neque enim hoc intelligendum eſt de ea conductione, cujus juſta merces ſit nummus unus: ſed de conductione prædii, vel domûs, vel cujuslibet rei, in qua nulla ſit proportio nummi unius ad uſum rei, qui in locatione conceditur. Tunc enim nummus ille non eſt merces locationis, ſed dicis gratiâ intervenit ad fingendam ſimulandamque locationem, ut traditum eſt in *l. 4. ff. commodat.* Præterea lex illa non debet accipi de ea locatione, quæ urgente neceſſitate ſit, ne Juris regulæ pervertantur, cujus locationis exemplum proponitur in laudata *l. ſi uſusfructus 66. §. ult. ff. de jur. dot.* Eſt igitur id ab Ulpiano dictum de ea locatione, quæ eſt imaginaria, in qua nummus non mercedis cauſâ, nec ut ſatisfiat ſubtilitati Juris, ſed ſimulandæ locationis cauſâ intervenit. Veluti ſi maritus uxori donaturus ei locet fundum, vel domum uno nummo *l. creditor 20. C. de donat. inter vir. & uxor.* Paul. *lib. 2. Sentent. tit. 23. Inter virum & uxorem contemplatione donationis imaginaria venditio contrahi non poteſt.* Vel ſi alicujus decipiendi cauſâ locatio, aut venditio ſimuletur. *Nuda* enim *& imaginaria venditio pro non facta eſt, & ideò nec alienatio ejus rei intelligitur l. nuda ff. de contrah. empt.* cujus rei exempla proponuntur in *l. & qui ſub imagine 10. C. de diſtract. pignor. in l. qui per colluſionem 49. ff. de action. empt.*

2

3 Quod ſi quis non colludendi cauſâ, nec cujuſquam decipiendi, ſed animo donandi in iis cauſis, in quibus donatio non eſt interdicta, locationem, venditionem nummo uno contraxerit, licet contractus non valeat jure locationis, vel venditionis, valebit tamen jure donationis: ut in *l. 1. §. Divi Fratres ff. de quæſtion.* & in *l. cum in venditione ff. de contrah. empt.* ubi Ulpianus ait, quod ille qui pretium ſtatuit donationis cauſâ non exacturus non videtur vendere: non tamen negat valere contractum jure donationis, quæ hodie ſolâ conventione perficitur *l. ſi quis argentum C. de donat.* Itaque licet donationis cauſâ venditio, & locatio non contrahantur *l. ſicut emptio ff. locat.* tamen nihil impedit valere donationem *l. empti in fin. C. de contr. empt.*

Atque hùc pertinent verba illa noſtræ legis: *quia & hoc donationis inſtar inducit.* hoc eſt, nummus ille qui præſtatur in locatione, non eſt loco mercedis, ſed inſtar donationis; ſicut enim locator donat conductori uſum rei locatæ: ſic conductor donat nummum illum locatori. Donatio tamen eſt ex parte locantis, non conducentis, quia nummus qui à conductore præſtatur, pro nihilo eſt. Cic. *ad Attic. lib. 5. ep. 21. Rationes conferatis: aſſidunt, ſubducunt, ad nummum convenit.* Et pro *Q. Roſc. Comœd. Hic tu ſi amplius ſeſtertio nummo petiſti, quam tibi debitum eſt, cauſam perdidiſti.* Et *pro Rabir. Ecquis eſt ex tanto populo qui bona C. Rabirii Poſthumi nummo ſeſtertio ſibi addici velit.* Semper igitur pro re minima ponitur nummus ſeſtertius. Et meritò: continebat enim duos aſſes cum ſemiſſe, unde dictus eſt *ſeſtertius* quaſi *ſemis tertius.* 4

Quamobrem Veteres cùm donationis cauſa aliquid concedebant, id nummo ſeſtertio addicebant. Valer. Max. *lib. 5. M. Cornuto Prætore funus Hircii, & Panſæ juſſu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, tum rerum ſuarum uſum, tum miniſterium ſuum gratuitum polliciti ſunt; quia ii pro Rep. dimicantes occiderant: perſeverantique poſtulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus ſeſtertio nummo ipſis præbentibus addiceretur.* Sueton. *in Cæſar. Bello civili ſuper alias donationes ampliſſima prædia nummo addixit.* Vitruv. *lib. 1. cap. 4. in fin. M. Hoſtilius rationibus doctiſſime quæſitis ſecundum mare mercatus poſſeſſionem loco ſalubri, a Senatu Populoque Romano petiit, ut liceret transferre oppidum, conſtituitque mœnia, & areas diviſit; nummoque ſeſtertio ſingulis municipibus mancipio dedit.* Vetus Inſcriptio Urbis Romæ, quam affert doctiſſimus Cujac. *lib. 10.* 5

Digitized by Google

Obſerv. cap. 37. *Hoc monumentum L. Titurius Sabinus ſe vivo donavit L. Sanio Symphoro, mancipavitque ſeſtertio nummo uno.* Quare in donationibus etiam Juſtiniani tempore ſolebant apponi verba illa *Seſtertii nummi unius, aſſium quatuor*: vel ut Cujac. ex Baſilicis emendat *ſeſtertio nummo uno aſſium quatuor.* Tunc enim ſeſtertius erat quatuor aſſium, ac verba illa ſignificabant rem addictam fuiſſe nummo uno. Quæ verba tamquam ſuperflua ſuſtulit Juſtinianus *in l. ult. C. de donation.* Superflua autem erant ea ætate, quia non amplius erant in uſu ſolemnes illæ mancipationes in donationibus neceſſariæ, maximè cùm donationem ſola conventione conſiſtere conſtituerit idem Juſtinianus in *l. ſi quis argentum C. de donat.*

6 Origo igitur addicendi res donatas nummo uno, eſt à veteri ſolemnitate mancipationis, in qua imaginaria venditio interveniebat, & ideò vel aſſis, vel nummus erat neceſſarius, qui imaginem pretii repræſentaret. Cajus *Inſtit. tit.* 6. *Mancipatio autem, hoc eſt, manu traditio, quædam ſimilitudo venditionis eſt.* Boet. *in Topic. Ciceron. Mancipatio imaginaria quædam venditio eſt: quod ipſum Jus proprium Romanorum eſt Civium.* Varr. *lib.* 8. *de Ling. Lat. Pro aſſibus nonnumquam æs dicebant Antiqui, à quo dicimus, aſſem tenentes: hoc ære aneâque librâ.* Erant hæc verba, quæ proferebat ille, qui rem accipiebat. Sed nemo clarius mancipationis ſolemnitatem explicat Cajo noſtro *l.* 1. *Inſtit.* cujus verba refert Boetius *in Topicis.* Ejuſdem Caji *lib.* 1. *Inſtit.* de nexu faciendo hæc verba ſunt. *Eſt autem mancipatio, ut & ſuprà quoque indicavimus, imaginaria quædam venditio, quod ipſum Jus proprium Romanorum eſt Civium: eaque res ita agitur. Adhibitis non minus quinque teſtibus Civibus Romanis puberibus, & præterea alio ejuſdem conditionis, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens; is, qui mancipium accipit, æs tenens ita dicit. hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe aïo: iſque mihi emptus eſt hoc ære, æneâque librâ. Deinde ære percutit libram: idque æs dat ei, à quo mancipium accipit, quaſi pretii loco.* Cùm autem ex lege duodecim Tabularum res alienari aliter non potuerit, niſi adhibitâ hac ſolemnitate mancipationis, ut teſtatur ibidem Boëtius, hinc frequentiſſimus uſus hujus imaginariæ venditionis nummo uno, vel uno aſſe. Poſtea inventus eſt alter modus 7
ſolemnis, in Jure ceſſio, per quam pariter fiebat abalienatio, & dominium de jure Quiritium transferebatur. Cic. *in Topic. Abalienatio eſt ejus rei, quæ mancipi eſt, aut traditio alteri nexu, aut in Jure ceſſio, inter quos ea Jure Civili fieri poſſunt.* Ceſſionis ſolemnia deſcribit idem Boëtius. *Apud Magiſtratum Populi Romani, vel apud Prætorem, vel apud Præſidem Provinciæ is, cui res in Jure ceditur, rem tenens, ita vindicat: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe aio. Deinde poſtquam hic vindicaverit, Prætor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit*: idque legis actio vocabatur. Itaque etiam in donationibus res aut mancipabatur, aut addicebatur nummo ſeſtertio; ut rei dominium de jure Quiritium transferretur in donatarium. Hinc Juſtinianus in Inſtitutionibus donationem recenſet inter modos acquirendi dominium de Jure Civili, & in §. *alia autem Inſtit. tit. de donat.* ait *& ad exemplum venditionis eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis.* Sicut enim olim propter imaginariam venditionem donatio transferebat dominium de Jure Quiritium, & neceſſitatem continebat, quia donator nexu obligabatur: ita poſt ſublatas imaginarias venditiones voluit Juſtinianus ad exemplum venditionis donationem continere neceſſitatem traditionis.

Porrò mancipationis, & imaginariæ illius 8
venditionis erat apud Veteres tam aſſiduus uſus, ut nihil propemodum expediretur ſine ea. Nam & teſtamenta per æs & libram fiebant, in quibus hæres defuncti ſubſtantiam emebat *princ. tit. Inſtit. de teſtam.* Et in emancipationibus liberorum interveniebant imaginariæ venditiones § *præterea Inſtit. tit. quib. mod. jus patr. pot. ſolvit. l. ult. C. de emancip.* Et in adoptionibus *l. ult. C. de adoption.* Sueton. *in Auguſto. Adoptavit &*

Digitized by Google

Lucium, & Caium domi emptos per æs & libram à Patre. & denique in omni ferè alienatione rerum mancipi. Imò, & obligationes contrahebantur, & diſſolvebantur. Varro *lib. 6. de Ling. Lat. Nexum Manilius ſcribit, omne quod per libram, & æs geritur, in quo ſint mancipi. Mucius Scævola: quæ per æs, & libram fiant, ut obligentur, præterquam, quæ mancipio dentur. Hoc verius eſſe, ipſum verbum oſtendit de quo quæritur. Nam idem, quod obligatur per libram, neque ſuum ſit, inde Nexum dictum.* Cic. *pro Murena. Quod ſi in iis rebus repetendis, quæ mancipi ſunt, is periculum judicii præſtare debet, qui ſe nexu obligavit.* Liv. *lib. 6.* de Marco Manlio, qui addictum liberavit. *Inde rem creditori palam Populo ſolvit, librâque & ære liberatum emittit.* Feſt. Pomp. in voce *Nexum. Nexum eſt, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs, & libram geritur; idque necti dicitur, quo in genere ſunt hæc, teſtamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Nexum æs, apud Antiquos dicebatur pecunia, quæ per nexum obligatur.*

9 Juxta hunc uſum imaginatiarum venditionum introductum fuit, ut qui vellet aliquid donare, ſimularet venditionem, & locationem nummo uno factam privatim, & inter privatos; quo caſu cùm non haberet animum locandi, aut vendendi, & cùm in venditione, & locatione non intervenirent ea, quæ ſunt de earum ſubſtantia, nempè pretium, & merces, quia nummus ille dicis cauſſâ dabatur, utique non poterant conſiſtere contractus venditionis, & locationis: Adeoque nulla erat venditio, nulla locatio.

10 Ex his conſtat futilem eſſe, & ſubtilem potius, quam ſolidam rationem illam, quam quidam magni Viri excogitarunt: quod merces conſiſtere debet in pecunia numerata, nummus autem unus non eſt pecunia numerata, quia unitas non conſtituit numerum: hac enim ratione nec nummo aureo quicquam emi, aut conduci poſſet: licet enim nummus aureus contineat plures denarios, tamen, & nummus argenteus plures aſſes continet, At hoc dicere abſurdum eſt. Quid? nonne aſſis minor eſt nummo ſeſtertio? ſeſtertius enim etiam antiquitùs duos aſſes cum ſemiſſe continebat. An igitur dicemus nullam fuiſſe emptionem, de qua Martialis:

Aſſe duos calices emit, & ipſe tulit?

Quid? quàm multa ſunt apud nos, quæ quadrante æſtimantur, & quotidiè emuntur, ut poma, olera, & pleraque alia hujus generis? An igitur dicemus harum rerum nullam eſſe venditionem, quia pretium debet conſiſtere in pecunia numerata, & hoc eſt de ſubſtantia emptionis *l. pacta conventa ff. de contr. empt.* in quadrante autem non conſiſtat pecunia numerata? Certè ſi pecunia numerata non conſiſtit in nummo uno: multò minus conſiſtet in uno quadrante, qui decima pars eſt unius nummi. Plin. *lib. 18. cap. 3. M. Varro auctor eſt cùm L. Metellus in Triumpho plurimos duxit Elephantos aſſibus ſingulis farris modios fuiſſe, item vini congios, ficique ſiccæ pondo triginta; olei pondo decem; carnis pondo duodecim.* Refert idem Plin. *lib. 15.* Anno U. bis conditæ 505. Appio Claudio Cæci Nepote & L. Junio Coſſ. olei libras duodenas aſſibus veniſſe. Narrat & Plutarcus in Lucullo, mancipium quatuor drachmis, bovem unâ, cætera pari vilitate fuiſſe, cùm Lucullus victo Mithridate præ las è Ponto egit. Polybius *lib. 2.* de fertilitate Galliæ Ciſalpinæ narrat ſuis temporibus in ea Regione viatores nihil cum diverſore aut hoſpite paciſci ſolitos, ſed benè, & lautè habitos ſolviſſe dimidiatum aſſem. Solonis tempore Athenis ovis unâ drachmâ vendebatur, ut refert Plutarch. in Solone; *vinum tricotylum* apud Heſychium dicitur, cujus tres cotylæ obolo venibant. Num igitur harum rerum nulla erat emptio, & venditio, eâ ſubtili ratione, quia unitas non eſt numerus, ſed principium numeri?

Præterea poteſt donationis causâ pretium 11
minui, neque hoc repugnat ſubſtantiæ emptionis; quia etſi de ejus ſubſtantia ſit pretium in pecunia numerata *l. pacta conventa ff. de contr. empt.* tamen de ſubſtantia emptionis non eſt, ut pretium ſit juſtum; quantitas enim pretii omninò pendet à voluntate contrahentium,

contrahentium, quorum conventione in hoc contractu pretium definitur, quod augetur minuiturve pro affectu, commoditate & ſagacitate contrahentium. *l. in cauſa 16. §. idem Pomponius ff. de minor. l. item ſi pretio 22. in fin. & l. ſeq. ff. loc. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vend.* Itaque venditio viliori pretio facta donationis cauſâ ſubſiſtit. *l. ſi*
12 *quis donationis 38 ff. de contr. empt.* Eademque ratione valere debet & locatio, ſi minore mercede fiat donationis cauſſâ, cùm eadem regulæ locum habeant in locatione, quæ in venditione. *princ. tit. Inſt. de locat.* Finge igitur aliquem ſolitum locare operam ſuam duobus, aut tribus nummis, & donationis causâ viliori mercede locare, nem-
13 pè uno nummo: an non valebit locatio? Ut enim venditio ſeu locatio non ſubſiſtat, neceſſe eſt univerſam venditionem donationis causâ factam eſſe, ut ait Ulpianus in d. *l. ſi quis donationis ff. de contr. empt.* Idcircò in noſtra *l. ſi quis conduxerit ff. locat.* rectè ait JC. *quia & hoc donationis inſtar inducit.* Nempè quia ut irrita ſit locatio, neceſſe eſt ut etiam nummus ille, qui loco mercedis eſſe deberet, donationis inſtar inducatur, ut initio expoſuimus. Ita enim fit ut univerſa locatio donationis causâ facta ſit. Plin. *lib. 18. cap. 3. Minutius Augurinus, qui Sp. Melium coarguerat, farris pretium in trinis nundinis ad aſſem redegit, qua de causâ ſtatua ei extra portam Trigeminam à Populo ſtipe collatâ ſtatuta eſt. Trebius in Ædilitate aſſibus Populo frumentum præſtitit, quam ob cauſam & ei ſtatuæ in Capitolio, ac Palatio dicatæ ſunt: ipſe ſupremo die Populi humeris portatus in rogum eſt.* En diminutio pretii donationis cauſâ. Quare eleganter idem Plin. *ibid. Manius Marcius Ædilis Plebis primùm frumentum Populo in modios aſſibus donavit.*

CAPUT XXX.

Ad princip. tit. Inſtit. de ſervit. prædior.

SUMMARIUM.

1 *Iter eſt jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum, vel vehiculum agendi.*
2 *Qui iter habet, poteſt non ſolum pedes, ſed etiam equos commeare, & inſuper ſellâ lecticave geſtari.*
3 Baſterna *apud Veteres erat ea, quam nos lecticam appellamus.*
4 Burdones *ſunt muli ex Equo & Aſina.*
5 *Baſternis ſolæ Matronæ portabantur.*
6 *Lectica & ſella geſtatoria non à jumentis portabatur; ſed à ſervis, eorum cervicibus impoſita.*
7 *Ad ſepulchrum iter, non actus conſtituebatur, quia mortui feretro, & ſandapilâ efferebantur, quibus ſimillima erat lectica.*
8 *Jacentes in lectica portabantur; ideò* lectica à lecto *dicta eſt: & ſæpè* cubile, torus, grabatum *appellatur; ſedentes vero portabantur in ſella geſtatoria.*
9 *Servi qui lecticam aut ſellam ferebant,* lecticarii *vocabantur*
10 *Tot ſunt ſtipulationes, quot res in ſtipulationem deducta, ſed ſtipulatio lecticariorum una eſt.*
11 *Lecticæ ampliores ab octo ſervis portabantur, &* Octophora *dicebantur; quædam verò ferebantur à ſex, &* Hexaphora *appellabantur; plerumque tamen à quatuor ferebantur;* ſella *etiam à duobus, nam multò brevior erat.*
12 Carrucæ *diſſimiles erant lecticis, licet in lecticis etiam dormirent Veteres, & Scævola mentionem faciat Carrucæ dormitoriæ*
13 *Carruca dormitoria quomodo conſtructa eſſet.*
14 *Quanta eſſe debeat latitudo Itineris, Actûs, Viæ. In ſervitute itineris conſtitui poteſt latitudo, ut quis equo vehi non poſſit, dummodo eâ pedes ire poſſit; ita pariter in ſervitute Actûs ea latitudo, ut vehiculum eâ inire non poſſit, dummodo tamen jumentum agi poſſit.*

Iter eſt jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum, vel vehiculum agendi. 1
princ. tit. Inſt. de ſervit. præd. l. 1. in princ. ff. de ſervit. præd. ruſtic. Poteſt tamen ille, 2
qui Iter habet, non ſolum pedes, ſed etiam eques commeare, *l. inter Actum 11 ff. eod. tit.* &, quod magis eſt, etiam ſellâ, lecticâve geſtari, quia hic ire, non agere dicitur *l. qui ſella 7. ff. eod. tit.* Explicanda ſunt hæc paulò accuratius, quam à noſtris Interpretibus fieri ſoleat. Etenim apud nos lecticæ à mulis, ac burdonibus portantur; & qui lecticâ geſtatur, vehiculum agit, quia noſtra lectica vehiculi genus eſt, & à jumentis portatur. Itaque inter ſe pugnare videntur illæ leges, ſed non ita eſt, ut modò demonſtrabimus.

Quas nos lecticas vocamus, Veteres di- 3
cebant *Baſternas.* A *baſto* dictæ Baſternæ,

V

baſtum enim Græci dicebant, quicquid erat ferendo, ut notavit doctiſſimus Salmaſius ad Lampridii Heliogabalum, quo nomine nos clitellas vocamus. Baſternam deſcribit vetus epigramma à Viris doctis hanc in rem prolatum.

Aurea Matronas claudit Baſterna pudicas,
Quæ radians latum geſtat utrumque latus:
Hanc geminus portat duplici ſub robore burdo,
Provehit, & modico pendula ſepta gradu.

Iſidor. *orig. lib.* 20. *cap.* 12. *Baſterna, vehiculum itineris, quaſi via ſterna mollibus ſtramentis eſt poſita, à duobus animalibus deportatur.* Ad hanc referendus eſt textus in *l. item* 49. *in princ. ff. de legat.* 3. *Item legato continentur mancipia, putà lecticarii, qui ſolam matremfam. portabant; item jumenta, vel*
4 *lectica, vel ſella, vel Burdones. Burdones* ſunt muli ex equo, & aſina, Iſidor. *lib.* 12. *cap.* 2. *In animantibus bigenera dicuntur, quæ ex diverſis naſcuntur, ut mulus ex equa, & aſino: burdo ex equo, & aſina.* Itaque burdones in ea lege ſunt muli ad Baſternam. Continentur autem in legato, in quo uxori relicta ſunt ea, quæ ipſius cauſâ parata ſunt, quia hoc legatum comprehendit ea omnia, quæ magis uxoris, quam communis, ac promiſcui uſûs cauſa parata ſunt *l. hoc legatum*
5 45. *ff de legat.* 3. Baſternis autem ſolæ Matronæ portabantur, ut conſtat ex ſuperiori epigrammate, & aliis Scriptoribus, apud quos nuſquam mentio hominum in Baſternis, ſemper Matronarum. Ammian. Marcell. *lib.* 14. *Matronæ complures opertis capitibus, & Baſternis per latera Civitatis cuncta diſcurrunt.* Vetus Interpres Juvenalis. *Baſterna, vehiculum unde ſpeculabantur Matronæ.*

6 Lectica autem apud Veteres non à jumentis portabatur, ſed à ſervis, eorum cervicibus impoſita. Senec. *epiſt.* 49 *Non turba ſervorum lecticam tuam per itinera urbana, ac peregrina portantium.* & *epiſt.* 111. *Cohors culta ſervorum lectica formoſis impoſita calonibus.* & *lib.* 3. *de benefic. cap.* 4. *Quo tandem ab iſtis gerulis raperis, cubile iſtud tuum circumferentibus.* Plin. *ad Trajan. Illos ergò humeri, cervicesque ſervorum ſuper ora noſtra: te fama, te gloria, te Civium pietas, te libertas ſuper ipſos Principes vehunt.* Clemens Alexandr. *Pædag. lib.* 3. *cap.* 4. οἱ δὲ τὰ φορεῖα εἰς ὕψος αἴροντες τῶν γυναικῶν φοράδην βαστάζοντες κελτοὶ πολλοί.

Multi Germani lecticas mulierum in altum tollentes, & cum impetu bajulantes.

Sella quoque geſtatoria à ſervis portabatur eodem modo. Claud. *in* 4°. *Conſul. Honorii.*

Portatur juvenum cervicibus aurea ſedes.

Juvenal. *Satyr.* 9.

—— & duo fortes
De grege Mæſorum, qui me cervice locata,
Securum jubeant clamoſo inſiſtere Circo.

Et paſſim occurrunt Poëtarum teſtimonia.

Quamobrem cùm neque lectica, neque ſella à jumentis veheretur, ſed ſervorum humeris portaretur, rectè dixit Juriſconſultus in *l. qui ſella* 7. *ff. de ſervit. ruſt. præd.* eum, qui ſellâ, aut lecticâ vehitur, ire, non agere: rectèque conſtitutum eſt, eum qui Iter habet, poſſe lecticâ, ſellâve ferri: hîc enim neque jumentum agit, neque vehiculum.
Quare & ad ſepulchrum Iter conſtitui ſolebat, 7
non Actus *l. ſervitutes prædiorum* 14. §. 1. *ff. de ſervitut.* Mortui enim feretro, & ſandapilâ efferebantur, cui ſimillima erat lectica. Itaque apud Gellium *lib.* 10. *cap.* 3. bubulcus ille, cùm Legatum lecticâ ferri videret, per jocum interrogavit, num mortuum ferrent. Et argutè jocatur Martial. *lib.* 2. *epigr. in Zoilum.*

Laxior Hexaphoris tua ſit lectica licebit,
Dum tamen hæc tua ſit, Zoile, ſandapila.

Jacentes enim, & cubantes in lectica porta- 8
bantur. Cic. *in Verr. lib.* 4. *Artagathum, & argentum in lectica cubans ad mare infra Oppidum expectabat. Lectica* enim à *lecto* dicta eſt, & ſæpè *cubile*, *torus*, *grabatum* vocatur. Seneca *de benefic. lib.* 3. *cap.* 4. *Quo tandem ab iſtis gerulis raperis, cubile iſtud tuum circumferentibus?*

Ovid. *lib.* 1. *de arte amandi.*

Intereà ſive illa toro reſupina feretur,

Lecticam dominæ diſſimulanter adi.

Catull. *Epigram.* 10.

Factum qui veteris pedem grabati
In collo ſibi collocare poſſet.

Et in hoc præcipuè differebat à ſella geſtatoria, quod in hac ſedentes portarentur, ut à Viris doctis eſt obſervatum, quos tamen præterfugit Senecæ locus *de brevit. vit. Audio quemdam ex d.licatis, c:m ex balneo inter manus elatus, & in ſella poſitus eſſet, dixiſſe interrogando: jam ſedeo?*

9 Servi autem, qui lecticam, aut ſellam ferebant, vocabantur *lecticarii*, quorum ſæpiſſimè fit mentio à Latinis Auctoribus, & à noſtris Juriſconſultis non raro, cùm de legatis agunt, ut in *l. item* 49. *in princ. ff. de legat.* 3. *in l. ſi ex toto* 8. §. *ult. ff. de legat.* 1. *in l. peculium* 65. *in princ. ff. de legat.* 2. *in l. ſervis* 99. §. *ſervis ff. de legat.* 3. *in l. uxori* 13. *in fin. ff. de aur. & argent. legat. & in l. ſcire debemus* 29. *in princ. ff. de verb. obl.*

10 In his legibus duo ſunt animadverſione digna. Primum, quod licèt tot ſint ſtipulationes, quot res in ſtipulationem deductæ, tamen ſtipulatio lecticariorum una eſt *d. l. ſcire debemus ff. de V. O.* conſiderantur enim tamquam unum corpus, ſicut quadriga.

11 Alterum eſt quod in *l. ſi ex toto* 8. §. *ult. ff. de legat.* 1. proponuntur legati octo lecticarii. Et rectè; ampliores enim, & laxiores lecticæ ab octo ſervis portabantur, & *Octophorum* dicebatur hæc lectica. Martial.

Octo Syris ſuffulta datur lectica puellæ.

Cicer. *in Verr. Lecticâ Octophoro ferebatur, in qua erat pulvinus pellucidus Melitenſi roſâ fartus.* Sueton. *in Calig. Iter confecit modò feſtinanter, & rapidè, interdum adeò ſegniter & delicatè, ut Octophoro veheretur.* Pleni ſunt Poëtarum libri. Aliquando ferebatur à ſex ſervis, & dicebatur *Hexaphorum*; plerumque à quatuor: ſella etiam à duobus, nam multò brevior erat. Juven. *Satyr.* 9.

——— *& duo fortes*
De grege Mæſorum, qui me cervice locatâ,
Securum jubeant clamoſo inſiſtere Circo.

12 Lecticis ſimiles fuiſſe *Carrucas* exiſtimare quis poſſit. Etenim in *l. in commodato* 17. §. *duabus ff. commod.* nominantur lecticæ & Carrucæ, & in *l. uxori* 13. *in prirc. ff. de aur. & arg. leg.* Scævola mentionem facit Carrucæ dormitoriæ: atque in lecticis quoque dormiſſe Veteres certum eſt. Juven. *Sat.* 3.

Namque facit ſomnum clauſâ lectica feneſtrâ.

Et *Satyr.* 1.

Profer Galla caput; noli vexare, quieſcit.

Et *Satyr.* 3.

—— *ingenti curret ſuper ora liburno,*
Atque obiter leget, aut ſcribet, vel dormiet intus.

Sed non ita ſe res habet. Lectica enim ſervorum humeris ferebatur, ut diximus, Carruca à mulis vel mulabus; ut conſtat *ex d. l. uxori* 13. Paul. *lib.* 3. *ſentent. tit.* 7. *Carruca cum junctura legata, mula quoque legata, nec non mulio videtur, propter quotidianam loquendi conſuetudinem.* hinc mulæ carrucariæ, apud Ulpianum in *l. Ædiles* 38. §. *quæſitum ff. de Ædilit. Edict.* & muliones in urbano miniſterio eſſe dicuntur à Paulo in *l. ſervis* 99. §. *muliones ff. de legat.* 3. *& in d. lib.* 3. *ſentent. cap.* 7. Præterea lecticæ portabantur, Carrucæ quatuor rotas habebant, ac denique in lectica cubabant, ut diximus, in Carruca ſedebant. Capitol. *in Maxim. Per publicum veniente vehiculo Antonini Caracalli quod vacuum erat, conſcendit, & ſedit, & vix ægrèque à mulionibus carrucariis deturbatus eſt.*

Dormitoriam igitur Carrucam apud Scæ- 13
volam *in d. l. uxori.* non diſſimilem aliis fuiſſe exiſtimo, ſed tamen ita conſtructam, ut ſublatâ ſellâ jacere in ea, & cubare poſſet, qui vehebatur, ut fieri ſolet in noſtris lecticis, in quibus geſtamur ſedentes; ſunt tamen quædam, quibus ad deferendos ægrotos utimur, in quibus jacemus ſublatâ utrimque ſellâ.

Ad lecticas, & ad ſervitutem Itineris re- 14
vertamur, de qua id tantùm ſubjungam, Iter anguſtius, quàm par eſt, à quibuſdam definiri, itemque Actum. Feſt. *Actus, Iter inter vicinos quatuor pedes latum.* Si Viæ latitudo eſt octo pedum, *l. Via* 8. *ff. de ſervit. ruſt. præd.* Actùs autem latitudo eſt quatuor pedum; utique latitudo Itineris ſubductâ ra-

Digitized by Google

tione erit duorum pedum, quâ vix pedes ire poteſt, nedum equo, aut lecticâ, ſellâve geſtari. Lecticam enim geſtabant ſervi aſſeribus in tranſverſum inſertis, ac proindè ſemitæ anguſtiis fuiſſent impediti, Martial. *lib.* 4. *epigr. in Cæcilian.*

Ingenti latè vectus es Hexaphoro

Et *lib.* 2. *epigr. in Zoilum.*

Laxior Hexaphoris tua ſit lectica licebit.

Magnam hæ ſellæ lecticæque deſiderant Viæ latitudinem ut transferri poſſint. Itaque rectè Juriſconſulti noſtri nullam certam latitudinem Actui, atque Itineri præſcripſerunt *l. certo generi* 13. §. *latitudo ff. de ſervit. præd. ruſtic.* Et Varro multò rectiùs, quàm Feſtus id definivit. *Actûs finis minimus conſtitutus in latitudinem pedes quatuor, quod eâ quadrupes agitur.* rectè dixit, *finem minimum*: poteſt enim latior conſtitui, non minor. Poteſt enim in Actu conſtituendo tam anguſti loci demonſtratio fieri, ut eâ vehiculum inire non poſſit, dum tamen jumentum eâ duci poſſit, *l. ſi tam anguſti* 13. *ff. de ſervit.* Veluti ſi fiat demonſtratio quatuor pedum, quâ jumentum agi poterit, non autem vehiculum, ut innuit Varro d. loco. Eſt autem hic finis minimus, quia ſi anguſtior locus desſignaretur, per eum agi non poſſet jumentum, & ſervitus Itineris, non Actûs eſſet, conſtituta *d. l. ſi tam anguſti.* Quod de actu dixi, de Itinere dicendum eſt. Non poterit in Itinere anguſtior locus duorum pedum definiri, quia nec pedes poſſet per eum ambulare. Loco autem tam anguſto deſignato rectè conſtituta erit ſervitus Itineris, etſi neque equo, neque lecticâ, aut ſellâ poſſit commeare *argum. d. l. ſi tam anguſti & l. Via* 13. *in princ. ff. de ſervit. præd. ruſt.* At ſi nihil in conſtituenda ſervitute ſit definitum, ab Arbitro loci latitudo præſcribenda erit *l. certo generi* §. *latitudo ff. de ſervit. ruſt. præd.* & quidem, ut arbitror, tanta, ut eâ poſſimus lecticâ etiam, ac ſellâ ferri, cùm hoc jus habeamus Itineris ſervitute conſtitutâ, *l. qui ſella ff. eod.* Non tamen tanta, ut Hexaphoro, aut Octophoro feramur, ſervitute enim civiliter uti debemus *l. ſi cui ſimplicius* 9. *ff. de ſervit.* Notabantur autem à Veteribus tamquam molles, ac delicati, qui Hexaphoro, vel Octophoro geſtabantur.

FINIS.

Digitized by Google

JOSEPHI AVERANII,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER SECUNDUS.

CAPUT PRIMUM.

AD LEG. CONSUETUDINIS II.

C. quæ ſit longa conſuet.

SUMMARIUM.

1 *Conſuetudo tam apud Athenienſes, quàm apud Veteres Romanos ſemper legi derogavit. Probatur id Veterum Scriptorum teſtimonio, & exemplis.*

2 *Confirmatur ex frequenti legum tùm confirmatione, tùm revocatione.*

3 *Explicatur* l. 2. C. quæ ſit longa conſuet. *& nova affertur interpretatio; adde num. 9.*

4 *Tam conſuetudo, quàm lex priorem legem abrogat, non quod potentior ſit, ſed quia poſterior.*

5 *In hypotheca plurium dotium tempus attenditur.*

6 *Item in teſtamentis, in quibus poſterius prævalet.*

7 *Item in datione tutorum; in legatis; in conditionibus: excipitur tamen quoad conditionem inſtitutio, & legatum libertatis.*

8 *Poſteriora derogant prioribus. Probatur id pluribus exemplis, & quid Juris in contractibus.*

CONSUETUDINE poſteriore priorem legem abrogari dubitandum non eſt. Nam præter argumenta, quibus id ab Interpretibus noſtris demonſtratur, conſtat apud Romanos numquam aliter obſervatum fuiſſe. Origo Juris Romani præcipuè ducta eſt ab Athenienſibus, apud quos
1 conſuetudine leges abrogabantur. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *Ejus igitur leges quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto juſſoque; ſed tacito, illiteratoque Athenienſium conſenſu obliterata ſunt.* Itaque, & apud Romanos eadem erat conſuetudinis auctoritas. Liv. *lib.* 45. *quas ne uſus quidem longo tempore (qui unus eſt legum corrector) experiendo argueret.* Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Paſſus eſt enim* (Pop. Romanus) *leges iſtas de tam immodico ſupplicio ſitu, atque ſenio emori*; & *lib.* 2. *cap.* 24. *Poſtea L. Sylla Dictator, cùm legibus iſtis ſenio, atque ſitu obliteratis plerique in patrimoniis belluarentur* &c. Quintil.

Digitized by Google

lib. 3. *cap.* 6. *Ut in duodecim Tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit.* Tacit. *lib.* 6. *Annal. Intereà magna vis accuſatorum in eos irrupit, qui pecunias fœnore auctitabant adverſum legem Dictatoris Cæſaris, quâ de modo credendi, poſſidendique intra Italiam cavetur, omiſſam olim, quia privato uſui bonum publicum poſtponitur.* Macrob. *lib.* 3. *cap.* 17. *Dehinc paucis interjectis annis, alia lex pervenit ad Populum ferente Antio Reſtione, quam legem, quamvis eſſet optima, obſtinatio tamen luxuriæ, & vitiorum firma concordia nullo obrogante irritam fecit.* Quamobrem
2 de eadem re multas leges variis temporibus rogatas fuiſſe accepimus, non alia de causâ, quàm propter conſuetudinem, quâ priori legi fuerat derogatum, ut novâ lege opus eſſet ad tollendam conſuetudinem, revocandamque legem contrariâ conſuetudine ſublatam. Macrob. *d. lib.* 3. *Saturn. cap.* 17. *In ea enim ferenda quæſita eſt nova legis autoritas, exoleſcente metu legis antiquioris. Ita hercules, ut de duodecim Tabulis factum eſt, quarum ubi contemni antiquitas cœpit, eadem illa, quæ illis legibus cavebantur in alia Latorum nomina tranſierunt.* Itaque cùm Lex duodecim Tabularum, quâ ſancitum erat, ne quis unciario fœnore amplius exerceret, conſuetudine fuiſſet abrogata, novâ lege opus fuit ad ipſam revocandam anno Urbis 398. & de hac re actum ſæpiſſimè à Plebe, cùm nulla tam firma lex eſſet, quæ contrariâ conſuetudine non abrogaretur. Livius *lib.* 7. Corn. Tacit. *lib.* 6. *Annal.* & copiosè Appian. *lib.* 1. *Bell. Civil.* ſic etiam Ti. Sempronius Gracchus anno Urbis 520. renovavit legem C. Licinii Stolonis latam anno 377. quâ cavebatur, ne quis plus quingentis agri jugeribus poſſideret. Sic lex Sempronia primùm à Ti. Sempronio Graccho Trib. Pleb. lata, deinde renovata eſt à Cornelio Sulla Dictatore, & poſtmodum à C. Julio Cæſare, quâ cautum erat, ut per actuarios limites populo jus eundi eſſet, ſicut per viam publicam. Plura exempla prætermitto, ex his enim ſatis conſtare arbitror, apud Romanos tantam vim fuiſſe conſuetudinis, ut & priorem legem tolleret, & ipſa nonniſi poſteriore lege tolleretur.

Contrarium tamen videtur conſtitutum in *l. conſuetudinis* 2. *C. quæ ſit longa conſuet. Conſuetudinis, uſuſque longævi non vilis autoritas eſt, verum non uſque adeò ſui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.* Sed non 5
eſt ita, ſi verba legis accuratè perpendantur. Obſervanda ſunt illa verba, *ſui momento*, quæ non temerè ab Imperatore ſunt adjecta Conſtitutioni. Conſuetudo abrogat priorem legem; non tamen eam vincit *ſui momento*, ſuis viribus, propriâ naturâ. Utrumque veriſſimum eſt: neque ſunt hæc contraria. Conſuetudo naturâ ſuâ, ſuiſque viribus, & proprio momento non eſt potentior lege, 4
ſed omninò par; itaque eam non vincit, ſed tamen ipſi derogat, ipſamque tollit. Sed quomodò eam tollit? non quia ſit potentior, ſuoque momento eam vincat; ſed quia eſt poſterior. Lex vincit legem non propriis viribus, non ratione ſui momenti; ſed ratione temporis, & mutationis voluntatis. Modeſtin. in *l. ult. ff. de Conſtit. Princ.* αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσίν. *Poſteriores conſtitutiones potiores ſunt his, quæ eas præceſſerunt.* Cicer. *de Invent. lib.* 2. *Deinde conſiderando utra lex poſterius lata ſit: nam poſtrema quæque graviſſima.* Liv. *lib.* 9. *Ubi duæ contrariæ leges ſunt, ſemper antiquam abrogat nova.* Quemadmodum igitur in legibus non eſt conſiderandum proprium ipſarum momentum, ut ſciamus utra alteram abroget, quia omnes eamdem vim habent, cùm eadem autoritate ſanctæ ſint; ſed conſiderandum eſt utra ſit poſterior: ſic quando lex pugnat cum conſuetudine, conſiderandum eſt, utra poſterior ſit, nam cùm idem ſit utriuſque momentum, nec altera alteram vincere poſſit vi propriâ, potior, & gravior erit poſterior. Quamobrem ſi lex poſterior ſit conſuetudine, lex tollet conſuetudinem: contrà ſi conſuetudo poſterior ſit, legem tollet, non ſuo momento, ſed ratione temporis.

Exemplis rem explicabo. Uxori conceſſa eſt hypotheca pro dote cum privilegio prælationis *l. aſſiduis C. qui pot. in pign.* Finge

concurrere duas uxores in repetenda dote, ut in *Auth. ut exact. inſtant.* 91. utraque uxor par habet privilegium, æquale eſt utriuſque robur, neque vi atque momento ſui privilegii altera alteram vincere poteſt,
5 ut ait Juſtin. *in d. Auth. cap.* 1. *verſ. & dotem &c. non poteſt dotem præponere doti, nec hypothecam hypothecis.* Sed tamen prior uxor præfertur poſteriori *d. Auth.* Qua de cauſa præfertur? non vi, & momento ſui privilegii, ſed ratione ſolius temporis *d. Auth. & Auth. de æqual. dot.* 97. *cap.* 3. *verſ. ſi qua mulier.*

Aliud ſit exemplum in teſtamentis. Teſtamentum naturâ ſuâ non eſt potentius alio teſ-
6 tamento, cùm iiſdem ſolemnitatibus utrumque perfectum ſit. Prius tamen teſtamentum poſteriori rumpitur §. *poſteriore Inſtit. tit. quib. mod. teſtam. infirm. l.* 2. *l. cum in ſecundo. ff. de injuſt. rupt. l. hac conſultiſſimâ. §. ſi quis autem & l. ſancimus C. de teſtam.* non quia hoc ſui momento vincat prius, eoque ſit naturâ ſuâ potentius; ſed quia poſterius eſt. Itaque ſi duo extent teſtamenta, nec conſtare poſſit utrum ſit prius aut poſterius, aut utrumque valebit, aut, quod verius videtur, neutrum ſubſiſtet. Sublatâ enim ratione temporis, quâ ſit, ut poſterius prævaleat priori, utrumque habet æquales vires, utrumque æqualia momenta, ac proindè alterum ab altero vinci non poteſt, & vel utrumque valere debet, vel neutrum, argumento text. in *l. duo ſunt Titii.* & ibi gloſſ. *ff. de teſtam. tut. l. eum qui* 51. *in princ. ff. de acquir. vel om. her.* & ibi gloſſ. & paſſim *DD.* eadem eſt ratio legatorum & fideicommiſſorum *l. clari C. de fideicom. l. ſi mihi* 12. *§. in legatis ff de legat.* 1. & dationis tuto-
7 rum *l. ſi hæreditas §.* 1. *ff. de teſtam. tut.* item conditionum adjectarum: noviſſima enim prævalet priori, præterquam in inſtitutione hæredis, & in legato libertatis *l. tutor datus §. ult. ff. de teſtam. tut. l. quod traditum* 87. *cum duab. ſeq. l. ſub diverſis, & l. leviſſima ff. de condit. & dem.* imò & in legato liber-
8 tatis datæ per fideicommiſſum poſterior ſcriptura ſervanda eſt *l. per fideicommiſſum* 90. *ff. eod.* hæc autem non alia de cauſa conſtituta ſunt, niſi quia poſteriora derogant prioribus *l. Divi* 6. *§. licet ff. de jure codicill. d. l. per fideicommiſſum* 90. *ff. de condit. & dem.* Neque enim prævalent prioribus ſui momento, quod majori ſolemnitate confecta ſint, ſed ratione ſolius temporis, & mutatæ voluntatis. Eadem de cauſa etiam pacta noviſſima derogant prioribus *l. pacta noviſſima* 12. *C. de pact. l. ſi unus §. pactus ne peteret ff. de pact.* Item contractus *l. ſi quis ante* 10. *in princ. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l. pacta conventa* 72. *ff. de contrah. empt.* Alia exempla peti poſſunt ex *l. quod juſſit ff. de re judic. ex l. ſi quis cum procuratorio* 31. *§. ult. ff. de procurator. ex l. in duobus §. ult. ff. de jurejuran. ex c. caterum. de reſcript. l. ſi mater C. ne de ſtatu defunct. ex l. illud ſciendum ff. de peric. & com. rei vend. & l. ſi ſervum* 91. *§. ſequitur ff. de V. O.*

Ex his conſtat quid de conſuetudine ſit exiſtimandum. Si conſuetudinem ſuo momento velimus ponderare, legem non vincet, ſicut nec à lege vincetur: paria enim ſunt momenta legis, & conſuetudinis *l. de quibus §. inveterata ff. de legibus.* Derogat tamen legi, ſi poſterior ſit; quia quoties duo ſunt actus pendentes à voluntate alicujus, ejuſdem momenti, ac roboris, ſi uterque valere non poſſit, poſterior derogat priori, ut conſtat ex his, quæ diximus. In contractibus tamen in quibus utriuſque contrahentis conſenſus eſt neceſſarius, utriuſque pariter conſenſus requiritur, ut poſterior priori præferatur *§. ult. Inſt. tit. quib. mod. toll. oblig. d. l. pacta conventa.* alioqui prior poſteriori præferetur, non tamen ratione temporis, ſed ſuo ipſius momento. Qua propter huic ſententiæ de conſuetudine legem abrogante non repugnat *d. l.* 2. *C. quæ ſit longa conſuet.* quia ibi ſolum agitur de vi propria, proprioque momento conſuetudinis, quod ſi conſuetudo legem vinceret, non ſolum tolleret priorem legem, ſed etiam poſteriorem: itaque in ea lege rectè negatur conſuetudinem adeò ſui momento valituram, ut vincat legem.

Digitized by Google

CAPUT II.

AD L. SI IN EMPTIONE XXXIV.

In princ. ff. de contr. empt.

SUMMARIUM.

1 *Error in re de qua contrahitur, vitiat omnem contractum.*
2 *Error contrarius conſenſui.*
3 *Error in acceſſione non vitiat contractum in re principali.*
4 *Nec in ipſa acceſſione.*
5 *Loca Sacra per acceſſionem vendi poſſunt.*
6 *Contractus quoad formam ſunt individui.*
7 *Ambigua pacta contra quem interpretanda? & n. 10.*
8 *Quid ſit ambiguum? & n. 25. 26. & 27.*
9 *Cujacii emendatio.*
10 *Communis Pragmaticorum ſententia. Rejicitur n. 11. & ſeqq.*
11 *Cur ambigua pacta nocerant venditori.*
12 *Ex pactis venditioni adjectis ſæpè venditor obligatur.*
13 *Contra venditorem fit interpretatio, etiamſi ipſe ex pacto obligetur.*
14 *Proponitur ac refellitur communis Eruditorum interpretatio.*
15 *Pacta venditioni à venditore adjiciuntur.*
16 *Aliquando ab emptore, ſed hic interponebat ſtipulationem.*
17 *In ſtipulatione verba ambigua contra ſtipulatorem interpretamur.*
18 *Pactum de acceſſione rei interponebatur à venditore.*
19 *Revardi conjectura proponitur, ac rejicitur.*
20 *Emptionis & venditionis nominibus promiſcuè Veteres utebantur.*
21 *Tam nomen emptionis quam nomen venditionis totum contractum ſignificat*
22 *Actiones empti, & venditi in Jure noſtro ſæpè confunduntur, & altera pro altera accipitur.*
23 *Modus fundi venditi à venditore dicitur*
24 *Error ad ambigui controverſiam non pertinet, & aliud eſt error, aliud ambiguum.*
25 *Error vitiat contractus, non ambiguum.*
26 *Non eſt ambiguum ubi apparet voluntas contrahentium.*
28 *In obligatione generis, vel alternativa debitoris eſt electio.*
29 *Explicatur* l. comprehenſum ff. de contr. empt.
31 *Aſſeritur ratio cur præſtandus ſit Stichus, quem venditor intellexit; non quem elegit.*

PAulus ait *Si in emptione fundi dictum ſit, accedere Stichum ſervum neque intelligatur, quis ex pluribus acceſſerit, cum de alio emptor, de alio venditor ſenſerit: nihilominus fundi venditionem valere conſtat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit* Duo ſunt in hac lege explicanda. Primum cur valeat venditio. Præterea cur potius præſtandus ſit ille Stichus, quem venditor intellexerit, quàm ille, quem intellexerit emptor.

Primùm igitur dubitari poteſt, cur valeat venditio. Etenim ſatis conſtat inter omnes errorem in re, de qua contrahitur, vitiare tùm emptionem *l. in venditionibus 9. in princ.* 1
ff. h. t. tùm ſtipulationem *l. inter 83. §. 1. l. continuus 137. §. 1. ff. de V. O.* tùm omnes alios contractus *l. in omnibus rebus 55. ff. de oblig. & act.* Quia nullus poteſt eſſe contractus ſine conventione, & conſenſu utriuſque *d. l. in omnibus, & l. 1. §. conventionis ff de pact.* error autem conſenſui contrarius eſt *l. ſi* 2
per errorem 15. ff de juriſd. om. Jud. l. 2. ff. de judic. l. ſed hoc ita 20. ff. de aq. & aq. pluv. arc. l. regula 9. ff. de Jur. & fact. ignor. Hinc erroris fidejuſſionem nullam eſſe reſpondit Paulus in *l. ſi quis poſtquam. in fin. ff. de fidejuſſ.*

Sed tamen veriſſima eſt Pauli ſententia in hac lege, & communis omnium interpretatio. Si erratum fuiſſet in fundo, qui principaliter venibat, venditio non valeret, quia error eam vitiaret: ſed de fundo convenit, & fuit erratum in Sticho, qui vendebatur per acceſſionem. Itaque valere debet tùm emptio fundi, tùm emptio Stichi. Valet emptio fundi, quia in fundo conſenſum eſt: nec poteſt infirmari emptio fundi per erro- 3
rem, quo erratum eſt in acceſſione. Sicut enim per acceſſionem non confirmatur principale, *l. quod per manus ff. de jure cod. l. ſed & paterfam. in princ. ff de Senatuſc. Maced.* ita nec infirmari poteſt. Neque conſentaneum eſt, ut acceſſio, quæ vires capit à re principali, vires ejus infringat, & labefactet. Cum igitur valeat emptio fundi, valet etiam emptio Stichi. Acceſſio enim cedit 4
rei principali, ejuſque naturam, & robur induit *l. nihil dolo 129. §. 1. l. cùm principalis 178. ff. de Reg. Jur. c. acceſſorium. de Reg. Jur. in 6. l. cùm aurum 19. aliàs l. etſi §. pervenimus*

veniamus l. veſtis 23. *§. veſtimentorum ff. de
aur. & arg. leg.* Et ſicut quando non ſubſiſtit
amplius cauſa principalis, nec acceſſio lo-
cum habet *d. l. cùm principalis, & l. eos* 26.
in princ. C. de uſur. l. 4. *C. depoſ. l.* 6. *§.* 1.
ff. de leg. commiſſ. l. proindè 33. *§. ult. ff. de
Ædil. Edict.* ita quoties debetur res principa-
lis, debetur etiam id, quod rei principali
acceſſit: *d. l. proindè §. ult. ff. de Ædil.
Edict. l. quòd ſi nolit. §. illud planè ff. eod. l.
cùm aurum §. perveniamus ff. de aur. & arg.*
Nam omnia, quæ dicuntur de venditione
rei principalis, dicenda ſunt etiam de ea re,
quæ venit per acceſſionem *l. ex empto* 11.
aliàs l. emptorem 12. *§. ſi quis rem ff. de act.
empt.* quoniam res principalis rapit ſecum
acceſſionem *l.* 4. *in princ. ff. de pen. legat.*
Itaque non ſolùm vitium acceſſionis non in-
fluit in rem principalem; ſed ab ipſa quo-
dammodo purgatur, atque diluitur. Exem-
5 plum eſto. Loca Sacra, ac Religioſa cùm
nullius ſint in bonis *§. nullius Inſt. tit. de rer.
diviſ.* emi vendique non poſſunt *§. loca ſa-
cra Inſt. tit. de contr. empt. l. ſi in emptione*
34. *§.* 1. *& l. hanc legem* 22. *in fin. ff. de
contr. empt.* Verùm-tamen ſi non ſpecialiter
vendantur, ſed emptioni alterius rei acce-
dant, valet eorum venditio, & ad eas pe-
tendas emptori datur actio ex empto *l. hanc
legem* 22. *cum duabus ſeqq. ff. de contrah.
empt.* Et errat Ant. Fab. qui contrà ſentit.
Tacit. *Lib.* 1. *Annal. propè fin. Falanio obji-
ciebat accuſator, quòd venditis hortis, ſta-
tuam Auguſti ſimul mancipaſſet &c. Quæ ubi
Tiberio notuere, ſcripſit Conſulibus &c. Nec
contra religiones fieri, quod Effigies ejus, ut
alia Numinum Simulacra, venditionibus hor-
torum, & domuum accedant.* Aliter rem nar-
rat Dio *lib.* 57. *in fin.* Vide *l. non contrahit*
5. *in fin. cum l. ſeq. ff. ad leg. Jul. maieſt.*
Hoc autem multò magis ſtatuendum eſt in
ſpecie, de qua agimus. Etenim cùm rei prin-
cipalis, & acceſſionis una ſit venditio *l. quod
ſi nolit* 31. *§ ult. ff. de Ædil. Edict.* non po-
teſt venditio eſſe partim utilis, partim inu-
tilis, ea de cauſa, quod deſit conſenſus in
acceſſione: quia conſenſus eſt de forma em-
ptionis *Inſt. tit. de oblig. ex conſenſ. cum ſi-
milibus*: Contractus autem quoad formam 6
ſunt individui *l.* 1. *§.* 1. *& l. continuus* 137.
in princ. ff. de V. O. itaque non poteſt par-
tim habere formam, partim eam non habe-
re; partim eſſe, & partim non eſſe, argum.
text. in l. ſi ita 39. *§. ult. ff. de oper. libert.
l. pro parte* 11. *in fin. ff. de ſervit. l. una eſt*
18. *ff. de ſervit. ruſtic. prædior.* Eſt igitur jure
reſponſum valere non ſolum fundi venditio-
nem, ſed etiam Stichi, qui acceſſit vendi-
tioni fundi.

Illud omnium, qui umquam fuerunt, in-
terpretum torſit ingenia, quod ſecundo loco
in ea lege traditur, *eum Stichum deberi,
quem venditor intellexerit.* Videtur enim po-
tius deberi Stichus, quem emptor intellexe-
rit. Ambigua, atque obſcura pacta venditori
nocere, toties à Veteribus traditum, ut du-
bitari ea de re non poſſit. *l. Veteribus* 39 *ff.* 7
de pact. l. cùm in lege 33. *ff. de contr. empt. l.
in contrahenda ff. de Reg. Jur.* Prodeſſet au-
tem venditori, non noceret; ſi dare poſſet
eum, quem ipſe intellexit. argum. *text. in
l. græcè* 8. *§. idem Julianus. cum ſeq. ff. de fi-
dejuſſ.* & noceret emptori, qui cogeretur ac-
cipere eum Stichum, quem emere nolebat.
Nec dubitari poteſt ambiguam eſſe venditio-
nem Stichi, cùm plures eſſent Stichi, & ſin-
guli poſſent eo nomine comprehendi, nec
intelligatur quis ſit venditus. Iſidor. *lib.* 2. 8
cap. 5. *Ambiguitas eſt, cùm id quod ſcriptum
eſt, duas aut plures res ſignificare videtur.*
Feſt. *in voce* ambiguum. *Ambiguum eſt, quod
in ambas agi partes animo poteſt* Facit text.
in l. cum Stichus 29. *ff. de ſolut. l. ubi eſt ver-
borum* 21. *ff. de reb. dub.* Et Quintil. *lib.* 7.
Inſt. orat. cap. 9. hoc primùm ambigui ge-
nus ponit, quod ὁμωνυμία dicitur, *cùm ſin-
gula verba afferunt errorem, cùm pluribus re-
bus, aut etiam hominibus eadem appellatio eſt,
ut Gallus; utrum enim avem, an gentem, an
nomen, an fortunam corporis ſignificet, incer-
tum eſt; & Ajax, Telamonis, an Oïlei filius.*
Et paulò poſt. *Unde ferè lites, præcipuè ex
teſtamentis, cùm de libertate, aut etiam de
hæreditate contendunt ii, quibus idem no-
men eſt: aut quid ſit legatum, quæritur.* Fa-
cit ad hanc rem text. *in l. ſi fuerit* 10.

Digitized by Google

ff. de rib. dub. ubi hæc luculenter explicantur.

Cujacius Interpretum noſtrorum eruditione, doctrinâque, & rerum copiâ facilè princeps, unius voculæ mutatione ſcopulum hunc alacriter eſt prætervectus. Etenim in
9 explicatione *l. Veteribus ff. de pact.* contendit ita legendum eſſe: *eum Stichum præſtandum, quem emptor intellexerit.* Sed neque poſſum, ſi velim; nec vellem, ſi poſſem, hanc legem emendare.

Alii verò, inter quos Pragmatici plerique omnes, hoc modo rem expediunt. In ambiguis interpretatio fieri debet contra eum, qui ex obſcura conventione aliquid petit, & ex ea ſibi aliquem obligatum eſſe conten-
10 dit: quoniam ille, qui petit, & conventioni innititur, probare debet ſibi deberi id, quod petit; nam actore non probante reus abſolvitur *l. 2. ff. de probat. l. 4. C. de edend. l. ſiquidem 9. C. de except. l. negantes 9. C. de oblig. & act.* Nec ſatis probat, qui nititur obſcurâ, & ambiguâ conventione. *c. in præſentia de probat. l. non nudis C. de probat.* Quamobrem in noſtra lege fit interpretatio contra emptorem, quia cùm ipſe Stichum petat, probare non poteſt, quis Stichus ſibi debeatur.

Sed vereor nenon defendi poſſit hæc ſententia: ac multa concurrunt ſimul, quî de
11 ea dubitem. Primùm quia nuſquam in Jure noſtro traditum eſt, ideò pacta ambigua nocere venditori, quia venditor ipſe ſit actor, & probare debeat, quod probare non poteſt propter obſcuritatem pacti: Sed nocere venditori, quia debuit perſpicuè, ac luculenter, non obſcurè dicere. *l. Labeo 21. ff. de contr. empt. l. Veteribus ff. de pact. l. quicquid 99. ff. de V. O.* tùm quia nihil dicere videtur qui obſcurè, & perfuſoriè loquitur *l. de ætate §. nihil ff. de inter. act. l. aut qui aliter §. 1. ff. quod vi aut clam.* tùm quia plerumque dolo non caret, qui ambiguâ, obſcurâque utitur oratione. *l. ea quæ §. ult. ff. de contr. empt. l. qui libertatis §. ſed etſi quis ff. de evict.* Et ſanè nulla non ratio ſuadet, ambigua, & obſcura verba nocere debere ei, qui protulit; eſt enim cur id ſibi imputet, cùm poſſet apertiùs dicere.

Præterea ſemper Veteres Juriſconſulti nos monent, ut ambigua pacta contra venditorem interpretemur. *l. Veteribus ff. de pact. l. Labeo 21. l. cùm in lege 33. ff. de contr. empt. l. in contrahenda ff. de Reg. Jur.* At ſi ſuperio- 12
rem regulam à Pragmaticis traditam ſequi volumus, ſæpiſſimè ambigua, & obſcura pacta contra emptorem pro venditore debemus interpretari: quia ſæpiſſimè ex pacto adjecto venditioni venditor ipſe obligatur, & reus eſt, non actor *ut in l. quòd ſi nolit 31. §. 1. ff. de Ædil. Edict. l. qui fundum 40. in princip. & in §. 1. & §. dolia l. cùm venderes 59. l. ſi cùm fundum 68. in princ. ff. de contr. empt. l. tenetur 6. §. ſi vas, & §. ſed ſi fundum. l. Julianus §. idem Julianus l. ſi venditor. 48. in princ. ff. de action. empt. l. quid ſit fugitivus 17. §. ult. & l. ſeq. & toto ferè tit. ff. de Ædilit. Edict. l. ſi dictum 56. l. quod ad ſervitutes, & toto tit. ff. de eviction. l. ſi ex plagis §. quidam ff. ad Leg. Aquil. l. traditio ff. de acquir. rer. dom. l. non tantùm ff. de Verb. ſign. l. is qui duo 29. ff. de ſervit. præd. ruſtic.* & ubique paſſim. In his omnibus adjectum erat à venditore pactum, quo ipſe venditor obligabatur: itaque aut falſa eſt illa regula, quâ nos monent Veteres interpretationem faciendam eſſe contra venditorem, qui dixit: aut falſa eſt Pragmaticorum regula, quâ docemur interpretanda eſſe verba contra actorem, pro eo, qui eſt obligatus.

Denique ut nullus pateat evadendi locus, rem paucis conficiam. Si in venditione ſit adjectum hujuſcemodi pactum: *Stillicidia uti nunc ſunt, ut ita ſint*: obligatur hoc pacto venditor emptori, quia hæc verba ſignificant rei venditæ ſervitutem deberi, ut ait 13
Ulpian. *in l. ſi arborem 17. §. hac lex. ff. de ſervit. præd. urban.* Et tamen ſi non appareat de quibus ſtillicidiis actum ſit, ambigua hæc oratio venditori nocet. *l. cùm in lege 33. ff. de contrah. empt.* ergò etiamſi ex ambiguo pacto venditor obligetur, tamen contra ipſum fit interpretatio.

Reſpondent poſtremo loco, ut omnium opiniones refellam, ferè omnes politioris literaturæ Interpretes: Ambigua verba inter-

Digitized by Google

pretanda eſſe contra eum, qui obſcure dixit, cùm poſſet dilucidè voluntatem ſuam explicare. Quò fit, ut cùm venditioni pacta plerumque adjiciantur à venditore, noceant ipſi
14 venditori, qui ambiguè locutus eſt. Atqui in noſtra lege, ideò verba ambigua nocent emptori, non venditori; quia verba illa protulerat emptor, non venditor: & emptioni Stichum acceſſurum emptor ipſe dixerat; ſuæque ſtupiditati, vel negligentiæ, ferat acceptum, ſi non habet ſervum, quem voluit. Ac ſi poſſent probare pactum illud ab emptore adjectum fuiſſe, nihil jam mutare auderem. Sed cùm nullam afferant conjecturam, divinare mihi videntur, & hariolari.

Imò verò ego contrà exiſtimo probari poſſe ſatis evidenter, pactum illud à venditore
15 adjectum fuiſſe. Primùm quia pacta à venditore ſemper adjiciuntur, ut obſervare poterit, quicumque noſtrûm Jus Civile diligenter evolverit. Et ratio eſt, quia nemo cogitur ad vendendum invitus *l. nec quaſi publicianam* 70. *ff. de rei vindic. l. non equum ff. rerum amot. l. invitum* 11. *l. dudum* 14. *C. de contr. empt.* ac propterea rei ſuæ, quam vendit, legem dicere debet, quam voluerit *l. legem C. de pact.* eſt enim rei ſuæ moderator, & arbiter *l. in re mandata C. mand.* Eleganter Plaut. in *Captiv. act.* 1. *ſcen.* 2.

Quaſi fundum vendam, me meis addicam legibus.

Et in *Epidic. act.* 3. *ſcen.* 4.

Eſtne empta mihi hæc? Periph. *iſtis legibus habeas licet.*

Imò ipſe venditor pretium indicabat. Idem in *Perſ. act.* 4. *ſcen.* 4.

S. *Indica, fac pretium.* D. *tua merx eſt, tua indicatio.*

Reſpondent quidem illi, quòd licèt pacta plerumque à venditore adjiciantur; aliquan-
16 do tamen adjiciuntur etiam ab emptore *l. hæc venditio* 7. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *l. cùm manus* 80. §. 1. *ff. de contr. empt.* Sed nemo non videt has leges ad rem non pertinere. Non tamen conſtanter negaverim aliquando ab emptore pacta adjecta fuiſſe, ſed fortaſsè emptor, quantum conjecturâ aſſequi poſſum, de pactis à ſe adjectis interponebat ſtipulationem, ut in *l. cùm ab eo* 41. *in princ. ff. de contr. empt. l. evictâ re* §. *ult. l. ſi ita quis ff. de evict. l. Labeo.* §. 1. *ff. de Ædil. Edict.* & alibi paſſim. Varro *de re ruſtic. lib.* 2. *cap.* 1. *In emptione aliàs ſtipulandum eſſe è valetudinario, aliàs è ſano pecore, aliàs è neutro.* & *eod. lib. cap.* 2. *Emptor ſtipulatur priſcâ formulâ ſic: illaſce oves, quæ de re agitur, ſanas rectè eſſe, uti pecus ovillum, quod rectè ſanum eſt, extra ſurdam, luſcam, minam, id eſt, venire glabro, neque de pecore morboſo eſſe, habereque licere; hæc ſic rectè fieri ſpondes?* Et *cap.* 3. *Illas capras hodiè rectè eſſe, & bibere poſſe, habereque rectè licere, hæc ſpondeſne?* & ſimiles ſtipulationes proponit capitibus, quæ ſubſequuntur: & *cap.* 10. *In paſtorum emptione ſolet accedere peculium, aut ſi excipiet, ſtipulatio intercedere, ſanum eum eſſe, furtis, noxiſque ſolutum.* Harum autem ſtipulationum formulas compoſuerat Manilius Juriſconſultus, unus ex iis, qui Jus Civile fundaſſe dicuntur à Pomponio in *l.* 2. §. *poſt hos* 39. *ff. de Orig. Jur.* à quo dicebantur *actiones Manilianæ.* Varr. *de re ruſt. lib.* 2. *cap.* 3. *&* 5. *&* 7. vel leges Manilianæ Cic. *lib.* 1. *de orat. Nec quiſquam eſt eorum, qui, ſi ſit addiſcendum ſibi aliquid, non Teucrum Pacuvii malit, quam Manilianas venalium vendendorum leges ediſcere.* Sed ad rem redeamus. Aliquando etiam ſtipulatio neceſſaria erat, ut in *l. quod ſi locus ff. de relig. & ſumpt. fun.* Itaque cùm emptor ſtipularetur ea, quæ volebat adjicere, ut de ſanitate,
de dupla, de evictione; utique contra ipſum 17
emptorem fiebat interpretatio, quia in ſtipulationibus ambigua, & obſcura verba nocent ſtipulatori. *l. quicquid adſtringendæ ff. de V. O. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *in ſtipulationibus ff. eod. l. cùm quæritur ff. de reb. dub.* Pacta igitur à venditore adjiciebantur, quoniam venditor de iis non ſtipulabatur, & quicquid adjiciebat rei ſuæ, & venditioni legem dicens, pactum à venditore adjectum dicebatur.

Sed ut ad rem propius accedam, animadverto in noſtra lege agi de eo pacto, quo convenit inter contrahentes, ut ſervus accederet venditioni fundi: hujuſmodi autem

Digitized by Google

18 pacta, quibus cavebatur, ut aliquid acce-
deret venditioni rei principalis, ſemper ad-
jiciebantur à venditore; ut in *l. qui fundum*
§. 1. & §. dolia ff. de contr. empt. obſervando
quod omnia verba ejus legis referuntur ad
initium legis, & reguntur à caſu recto, *ven-*
ditor, qui initio poſitus eſt: item in *l. ſi cùm*
fundum 68. *in princ. ff. de contr. empt. l. te-*
netur 6. *§. ſed ſi fundum ff. de act. empt. in l.*
ex empto 11. *§. ſi quis rem, alias l. emptorem*
12. *ff. eod. l. ſi quis cùm fundum* 26. *l. quic-*
quid venditor 27. *l. ſi mercedem* 53. *ff. eod. l.*
inſulam 58. *in princ. ff. locat. l. proindè* 33.
ff. de Æd. Edict. l. ſervi. 5. *ff. de evict. l. quod*
ad ſervitutes ff. eod. l. Inſulam ff. qui pot. in
pign. habeant. Nuſquam autem in Jure noſtro
reperiri arbitror, ejuſmodi pactum ab emp-
tore adjectum fuiſſe. Imò & quod pretio ac-
cedere debebat, venditor dicebat. Rectè
venditor apud Plaut. in *Perſ. act. 4. ſc. 4.*

Heus tu, etiam pro veſtimentis hùc decem
accedant minæ.

Quis igitur tam perfrictæ frontis erit, ut
ſine exemplo, ſine conjectura audeat affir-
mare in noſtra lege illud ab emptore adjec-
tum fuiſſe, ſeque nobis id putet poſſe perſua-
dere?

Doctiſſimus Rævardus, & quidam alii ſa-
gaciores, & emunctæ naris Interpretes, ut
qualemcumque conjecturam adducant, ob-
19 ſervant verba illa legis: *Si in emptione fundi*
dictum ſit &c. Si dictum fuit in emptione,
utique dictum fuit ab emptore: quia emp-
tio ad emptorem refertur, & ab emptore
contrahitur, ſicut venditio refertur ad ven-
ditorem, & à venditore contrahitur.

Sed nihili eſt hæc obſervatio, nam pau-
cis verbis interpoſitis, *venditionem* appellat
Juriſconſultus, quam modo *emptionem* no-
minaverat: ibi, *nihilòminus fundi vendi-*
tionem valere. Veteres enim in emptione, ac
venditione appellationibus promiſcuè ute-
20 bantur, ut ait Gajus in *l. Veteres* 19. *ff. de*
act. empt. Quamobrem id ab iis frequenter
uſurpatur, ut quod modò emptionem dixe-
rant, paulò poſt venditionem nuncupent,
ut in *l. 2. §. 1. in l. hæc venditio 7. §. hujuſ-*
modi. cum ſeqq. in l. nec emptio 8. §. aliquan-
do in l. in venditionibus 9. in fin. junctâ l. ſeq.
in l. & ſi 15. in princ. in l. quod ſæpè 35. §. in
his. l. ſi duos 44. l. res 54. l. fundus 64. ff. de
contr. empt. l. cùm autem §. 1. ff. de Ædilit.
l. quod ſi nolit. 31. §. ult. ff. eod. Et ratio eſt,
quia qui emptionem dicit, complectitur etiam
venditionem: & contrà qui nominat vendi-
tionem, comprehendit etiam emptionem.
Nam & nomen emptionis totum contractum
ſignificat *l. 1. in fin. l. 2. in princ. l. 3. & 4.* 21
l. in venditionibus 9. & alibi paſſim *ff. de*
contr. empt. & nomen quoque venditionis de
toto contractu dicitur *l. 2. §. 1. l. 7. in princ.*
& ubique *ff. eod.* quia nec emptio ſine vendi-
tione, nec venditio ſine emptione eſſe poteſt.
Hinc nomen venditionis aliquando ad emp-
torem refertur, & emptor dicitur adimplere
venditionem *l. domum 57. in fine principii ff.*
de contr. empt. l. ſi ita 25. & l. ſi duos 44. ff.
eod. Imò cùm ex hoc contractu duæ naſcan-
tur actiones *empti*, *& venditi* inter ſe ſepa-
ratæ, atque diſſimiles (nam actio empti da-
tur emptori ad conſequendam rem venditam
l. ex empto 11. in princ. ff. de act. empt. con- 22
trà actio venditi datur venditori ad conſe-
quendum pretium *l. Julianus 13. §. ex ven-*
dito ff. eod. l. 1. ff. de rer. permut.) tamen
aliquando actio empti nuncupatur à Veteri-
bus actio venditi, ut in *l. ſed hoc nomine* 26.
& in l. ſi cùm venditor 66. §. 2. ff. de evict. in
l. ex conventione C. de pact. in l. 1. C. ſine
cenſu vel reliq. Contrà verò actio venditi vo-
catur actio empti *l. un. C. ſi ſervus extero ſe*
emi mand. l. Julianus 13. §. ſi procurator 25.
ff. de action. empt. Sed harum actionum no-
mina rarò admodum confunduntur, quia
altera cum altera nihil commune habet: at
in appellationibus emptionis, & venditionis
nulla regula obſervatur: quia nulla cauſa eſt
cur hunc contractum venditionem potius ap-
pellemus, quàm emptionem. Itaque quod in
noſtra lege ita enuntiatur: *ſi in emptione fun-*
di dictum ſit accedere Stichum, in *l. proindè*
33. ff. de Ædil. Edict. aliter hoc modo di-
citur: *quod in venditione acceſſurum eſſe dic-*
tum eſt. Et in *l. quod ſi nolis 31. §. ult. ff. eod.*
Quod emptioni accedit, partem eſſe venditio-
nis Prudentibus viſum eſt. & alibi venditioni

accedere aliquid dicitur ut in *l. 1. §. 1. verſ. & ſi quid alind ff. eod. l. cùm autem 23. § 1. l. quod ſi nolit 31. §. reſtitui 19. ff. eod. l. itaque 32. in fin. l. ſeq. in princ. l. juſtiſſimè. in princ. ff. de Ædil. Edict. l. venditi in fin. C. de act. empt.* Adeò verum eſt ex his verbis nullam ſatis idoneam duci poſſe conjecturam. Et ſanè quod emptio nominetur, etiam ubi aliquid à venditore dictum eſt, ſatis conſtat: quia in agro, fundoque ven-
23 dendo modus à venditore dicitur. *l. ſi in qualitate 22. l. ſi duorum 41. ff. de act. empt. l. qui fundum §. qui agrum ff. de contr. empt.* abſurdum enim eſſet modum rei venditæ ab emptore dici, cui eâ tantum de cauſâ dicitur, ut ſciat quantùm agri emat: & tamen, licet modus à venditore dicatur, ſæpè Veteres modum fundi venditi in emptione dictum ajunt. *l. ſi in emptione 2. ff. de act. empt. & l. Julianus §. ſi Titius ff. eod.* Plura omitto: neminem enim futurum arbitror, qui de his poſſit dubitare.

His expoſitis conſtat, quam variæ ſint hac de re Interpretum noſtrorum ſententiæ. Ac mihi quidem, ut dicam quod ſentio, nodum in ſcirpo quærere videntur. Exiſtimo enim hanc legem ad ambigui controverſiam non pertinere. Duo igitur ſunt explicanda. Primùm, quod hæc lex perperam allegatur, ubi de ambigui interpretatione diſputatur. Deindè, cur præſtandus ſit ille Stichus, quem venditor intellexerit.

Non pertinet hæc lex ad ambigui controverſiam: quia in ea erraviſſe contrahentes ſupponit Paulus; ſupponit enim de alio ſervo emptorem, de alio ſenſiſſe venditorem. Aliud eſt errare: aliud ambiguè pa-
24 ciſci. Diſtinguuntur hæc in *l. heredes 21. §. 1. ff. qui teſt. fac. poſſ.* Errant in re contrahentes; quoties in eadem re non conveniunt; ſed aliquis eorum de una re, alter de alia ſentit, ſeque contrahere putat: erratur enim quoties aliud pro alio accipitur. *l. ſi per errorem 15. ff. de juriſd. om. Jud. l. 2. in princ. verſ. aut ſi putaverunt ff. de jud. l. 9. in princ. ff. de contr. empt. l. inter ſtipulantem 83. §. 1. l. continuus 137. §. 1. ff. de verb. obl. §. ſi de alia, Inſtit. tit. de inut. ſtipul.* Plaut. in *Amphitr.*

Qui me Amphitruonem rentur eſſe, errant probè.

Itaque in noſtra lege erarunt contrahentes, cùm de alio emptor, de alio venditor ſenſerit, & uterque putaverit ſe de eodem ſenſiſſe. Quocircà quærit ibi Paulus an valeat venditio. Abſurdè hoc quæreretur ſi ibi ageretur de ambiguo. Hoc enim non vitiat contractum. Ambiguè verò paciſci dicuntur contrahentes, quoties non ſatis conſtat quid ſenſerint contrahentes, nec apparet quid actum ſit: ac proptereà confugiendum eſt ad interpretationem verborum. Quamobrem error vitiat omnes contractus, quia quandocumque conſtat de errore, conſtat etiam de diſſenſu contrahentium ex *dd. ll.* Ambi- 25
guitas autem, & obſcuritas non vitiat, quia non conſtat diſſenſiſſe contrahentes, & interpretatione res expeditur *l. in contrahenda 172. ff. de Reg. Jur.* cum ſimilibus. Quod ſi conſtet quid actum ſit, & appareat quid ſenſerit ille, qui ambigua verba protulit, non amplius dubia, obſcura, incerta res eſt, cùm in conventionibus voluntas potiùs, quàm verba ſpectentur. *l. in conventionibus ff. de V. S.* Eleganter ad rem noſtram. Cic. *lib. 2. de Invent. Ex ambiguo autem naſcitur controverſia, cùm quid ſenſerit ſcriptor, obſcurum eſt.* Auct. *ad Heren. lib. 2. Nec eſſe ambiguè ſcriptum, cùm intelligatur utra ſententia vera ſit.* Quintil. *lib. 7. Inſtit. cap. 9. Ideoque fruſtrà præcipitur, ut in hoc ſtatu vocem ipſam ad noſtram partem conemur vertere, nam ſi id fieri poteſt, amphibolia non eſt.* Pomponius *in l. cùm in lege 33. ff. de contr. empt. primùm ſpectari oportet quid acti ſit: ſi non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet, quia ambigua oratio eſt.* Igitur ambigua oratio eſt, quæ venditori nocet, cùm non apparet, quid actum ſit, cùm incidit voluntatis quæſtio, cùm quæritur de voluntate *l. cùm quæritur. 26. ff. de reb. dub. l. cogi. 16. in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. ſi peculium 10. §. ult. ff. de man. teſt. l. evicta 16. §. ſi ſervus. verſ. tametſi ff. de evict.* Itaque in Jure noſtro opponuntur

Digitized by Google

hæc inter ſe : apparet quid actum ſit ; & res eſt in obſcuro. *l. cum manu* 80. §. *ſylva ff. de contr. empt. l. ſi quis vina* 4. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. Titius* 48. *ff. de act. empt.* Id enim, de quo conſtat, eſt exploratum, & non dubium, non ambiguum ; hoc eſt, ambiguo contrarium. Hinc quæ in Jure certa ſunt, non ambigui Juris eſſe dicuntur *l. curatorem* 10. *C. qui dar. tut. poſſ. l. ult. C. de crim. expil. hæred. l. ult. C. de fidejuſſ. tut. l.* 9. *C. de collat.* Quæ aliter dicuntur, Juris explorati *l.* 7. *C. de uſufr. l.* 7. *C. de rei vind. l.* 7. *C. de cond. ind. l.* 1. *C. ſi cert. pet. l.* 8. *C. quod cum eo l.* 6. *C. de pact. conv.* & paſſim.

Cùm igitur in noſtra lege ſupponat Paulus de alio Sticho emptorem, de alio ſenſiſſe
26 venditorem, certum eſt pactum, & non ambiguum, ac nulla incidit voluntatis quæſtio ; quare nec conjecturis opus eſt ad indagandam contrahentium voluntatem, nec admittitur interpretatio. *l. continuus* §. *cùm ita. in fin. ff. de verb. oblig. l. pediculis* §. *argento ff. de auro, & arg. leg. l. in lege* 77. *ff. de contr. empt. l. cum manu* 80. §. *ſylva ff. eod. l. cùm in lege* 33. *in fin ff. eod.* In ambiguis enim, & obſcuris, & in quibus incertum eſt quid acti ſit, deſideratur interpretatio. *l. in ambiguis, & l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur. l. rapienda* 168. §. 1. *l. ea quæ* 192. §. 1. *ff. eod. l. nepos* 115. *ff. de V. S. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *in ſtipulationibus ff. de V. O. l. cùm in teſtamento* 24. *ff. de reb. dub. l. in Prætoriis* 9. *ff. de Prat. ſtipul.* Cic. *lib.* 2. *de Invent. Cùm lex contractùs apertè ſcripta eſt, Judex ei parere debet, non interpretari.*

Sed, inquiet aliquis, Stichi nomen, quo uſi ſunt contrahentes, ambiguum eſt, *l. ubi ff. de reb. dub.* Eſt utique ambiguum : non hoc negamus. Atqui nullum ferè verbum ambiguum non eſt, ut ait Cicero : ſed cùm conſtat quid ſenſerint contrahentes, non eſt amplius ambiguum, nam id ſolum ſignificat, quod voluerunt contrahentes, non utrumque *l.* 3. *ff. de reb. dub. l. nepos* 115. *ff. de V. S. l. in ambiguis* 96. *ff. de Reg. Jur.* quia voluntas potiùs, quàm verba ſpectantur *l. in conventionibus ff. de V. S.* Auct. *ad Heren. lib.* 4. *per ambiguum, cùm verbum poteſt in duas pluresve ſententias accipi, accipitur in eam partem, quam vult is, qui dixit.* Sed rurſus opponet aliquis. In noſtra lege ita Paulus : *Si in emptione fundi dictum ſit accedere Stichum ſervum, nec intelligatur, quis ex pluribus acceſſerit.* Ambiguum igitur, quia non intelligitur quis ex pluribus acceſſerit. Non ita eſt. Aliud eſt, quod non 27
intelligatur, quid ſenſerint contrahentes : aliud, quod non intelligatur, quis acceſſerit. In noſtra lege intelligitur quid ſenſerint contrahentes, quia de alio emptor, de alio venditor ſenſit : non tamen intelligitur, quis acceſſerit venditioni, quia in eodem ſervo non convenerunt contrahentes : & niſi hoc à Jure ſtatuatur, id neque ex verbis, neque ex mente contrahentium poteſt intelligi ; quia tàm verba, quàm voluntas utrumque Stichum comprehendunt, cùm tamen unus tantummodò debeat accedere. Idemque accidit in omni errore : nam licèt conſtet non conveniſſe contrahentes, non tamen intelligitur utra res in contractum deducta ſit ; cùm hic de illâ, ille de aliâ re ſenſerit, atque contraxerit.

Veniamus ad id, quod ſecundo loco propoſuimus explicandum. Cùm non ſit ambiguum pactum, non eſt interpretandum contra venditorem, quia nullâ opus eſt interpretatione. Imò ſervus ille præſtandus eſt, quem venditor intellexerit. Quid ita ? quia cùm contrahentes erraverint, ſi quidem ſervus non eſſet venditus per acceſſionem, non valeret emptio : ſed cùm valeat emptio, quia per acceſſionem venditus eſt, ut initio expoſuimus, nulla cauſa eſt, cur dicamus hunc potiùs, quam illum fuiſſe venditum. Emptor probat ſe de hoc ſenſiſſe : contrà venditor probat ſe ſenſiſſe de alio : uterque videtur in obligationem deductus, non quod uterque ſit præſtandus, ſed quod alteruter ex his duobus ſit præſtandus. Eò itaque res redit, ut videatur venditus Sti- 28
chus, vel in genere unus ex illis duobus, quos habebit venditor ; vel alternativè, hic, aut ille Stichus : utroque enim modo

res eòdem recidit. Atqui ſi venditus eſſet Stichus in genere, vel alternativè, præſtandus eſſet ille, quem venditor intellexit, & elegit. *l. ſi ita* 25. *& eàdem l. ſi in emptione* 34. §. *pen. ff. de contr. empt.* Nam in contractibus quoties plures res in genere, aut alternativè deducuntur in obligationem, debitoris eſt electio *l. qui ex pluribus* 106. *ff. de verb. obl. l. plerùmque* 10. *in fin. ff. de jur. dot. l.* 2. §. *Scævola ff. de eo quod cert. loc.* §. *ſi quis agens* 33. *verſ. huic autem. Inſt. tit. de act.* Et hanc ſententiam mirificè probat text. in *l. comprehenſum* 60. *ff. de contr. empt.*
29 ibi: *comprehenſum erat in lege venditionis dolia ſexaginta emptori acceſſura, cùm eſſent centum: in venditoris fore poteſtate reſponſum eſt, quæ vellet dare*: (ac ne poſſint hîc Interpretes captare verbum *emptionis* ut in noſtra lege; obſervandum hic nominari venditionem) ſic in noſtra lege dictum erat acceſſurum Stichum, cùm duo eſſent Stichi ſervi, utique in poteſtate venditoris eſt, quem velit dare; nempè quem probat
30 ſe voluiſſe accedere. Similis eſt text. *in l. ſi ſervus. penult.* §. *ult. ff. de act. empt.* in qua eſt obſervandum, quod continetur ejuſdem Labeonis ſententia à Paulo confirmata, quemadmodum in noſtra lege *ſi in emptione* 34. *ff. de contr. empt.*

Poſtremò ad explicationem ejus legis animadvertendum eſt, quod ait Paulus, *eum ſervum præſtandum, quem venditor intellexerit*: non verò *quem venditor elegerit.* quia, cùm non poſſit conſtare de alio ſenſiſſe venditorem, niſi id ipſe probet: utique eum ipſum dare vult; fruſtrà enim conten-
31 deret cum emptore, ſi vellet ei dare ſervum illum, quem emptor deſiderat, ac voluit accedere venditioni. Itaque hunc ipſum venditor elegit, quem intellexit, & quem accedere voluit; nam ſi hunc non eligeret, emptori daret eum quem petit, nec contenderet ſe de alio ſenſiſſe. Nec æquum eſt, ut, cùm voluerit unum vendere, atque eo animo contraxerit, mutet modò voluntatem, & alium eligat, neque enim in contrahendo reſervavit ſibi electionem, aut eo animo contraxit, ut poſteà eligere poſſet; ut evenit in eo qui contrahit de re in genere, vel disjunctìm: ſed contraxit eâ mente ut ſe obligaret ad dandum Stichum, quem tunc intellexit, adeoque non poteſt mutare electionem.

CAPUT III.

AD L. GRÆCE 8. §. ILLUD *commune ff. de fidejuſſ.*

SUMMARIUM.

1 *Explicatur* l. Græcè 8. §. illud commune ff. de fidejuſſ.
2 *Quid ſignificet verbum* omninò, *&* omninò non, *tam apud Veteres Scriptores, quàm apud Veteres Juriſconſultos.*
3 *Qui de univerſis loquitur, nihil excipit.*
4 *Fidejuſſor in duriorem cauſam adhibetur quatuor modis.*
5 *Verba*, non in ſolidum, *convenire non poſſunt fidejuſſoribus, qui loco, tempore, aut cauſâ plus promittunt.*
6 *Hi nullo modo, nullaque ex parte obligantur.*
7 *Generaliter & ſine ulla exceptione ſemper traditum eſt, fidejuſſores in duriorem cauſam accipi non poſſe.*
8 *Fidejuſſor non ſolum obligari, ſed etiam accipi, & adhiberi in duriorem cauſam prohibetur.*
9 *Aliud eſt accipere fidejuſſorem: aliud eum obligari.*
10 *Vitium in forma vitiat actum.*
Forma non poteſt ſuppleri, neque actus redigi poteſt ad formam Juris.
11 *Utile per inutile non vitiatur.*
12 *Hæc regula non habet locum cùm vitium eſt in forma actûs.*
13 *Fidejuſſor plus promittens in aliam obligationem accipi videtur.*

NEſcio, quo fato factum fuerit, ut, cùm & à Veteribus Juriſconſultis traditum ſit, & ab Antiquis Interpretibus conſtanter approbatum, fidejuſſorem promittentem majorem quantitatem, quàm debeat reus principalis, non obligari: poſteà repentè ab Interpretibus noſtris in contrariam ſententiam itum fuerit, ad quam tuendam perverſâ interpretatione coguntur detorquere Ulpiani verba in *l. græcè* 8. §. *illud commune* 1
ff. de fidejuſſ. Ait Ulpianus: *Illud commune*

eſt in univerſis, qui pro aliis obligantur, quod ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti, placuit eos omninò non obligari. Verbum illud *omninò* interpretantur, *in ſolidum*: quaſi dixerit Ulpianus, eos quidem in ſolidum non obligari, ſed pro parte, videlicet pro ea parte, pro qua tenetur reus principalis. Sed hæc interpretatio & eſt contra rectam rationem Latini ſermonis; & eſt planè abſurda; & falſam ſententiam continet.

Eſt contra rectam rationem Latini ſermonis, quia verbum *omninò* nunquam ſignificat *in ſolidum*, ſed *prorſus*, *funditùs*, *planè*, *utique*. Cic. *Tuſcul.* 1. *omninò, aut magna*
2 *ex parte liberatus.* Opponuntur hæc *omninò*, & *magna ex parte*. Id. *pro Cornel. Balb. Quæ labore hujus aut omninò, aut certè facilius conſequuntur.* Idque præſertim poſtpoſitâ adjectione negante, *omninò non*, *omninò nunquam*, & ſimilibus. Cic. *lib.* 2. *Orat. Poëtas omninò, quaſi alienâ quadam linguâ loquutos, non conor attingere.* & *lib.* 3. *ad Attic. epiſt.* 23. *Se s enim Clodium ſanxiſſe, ut vix, aut omninò non poſſet, nec per Senatum, nec per Populum infirmari ſua lex.* Opponuntur *vix*, & *omninò non*. Id. *lib.* 2. *de Orat. Theopompus, & Ephorus Iſocrate Magiſtro impulſi ad induſtriam ſe contulerunt; cauſſas omninò nunquam attigerunt.* & *de Amicit. omninò nuſquam reperiri*: & alibi: *omninò nequaquam par.* & alio loco: *ut non multum, aut nihil omninò Græcis cedamus.* & *lib.* 1. *ad Lentulum. epiſt.* 7. *eaque, quæ de ea ſcripta eſt auctoritas, cui ſcis interceſſum eſſe, ut ne quis omninò Regem reduceret.* Horat. *Sermon. lib.* 2. *Sat.* 8.

—— —— —— *Ut nihil omninò guſtaremus.*

Terent. *in Andria.*

Nempè huic prorsùs illam non dat.

Id. *in Eunuch. Illum liquet mihi dejerare his menſibus, ſex, vel ſeptem prorſum non vidiſſe proximis.*

Nec aliorſum in Jure noſtro uſurpantur hæc verba. In *l.* 1. §. *ult. ff. de oblig. & action. Non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, ſed qui omninò non exaudit.* In *l. continuus* 157. §. *cùm quis ff. de V. O. Cùm quis ſub hac conditione ſtipulatus ſit, ſi rem ſacram Titius vendiderit, ubi conditio Jure impleri omninò non poteſt.* In *l.* 1. §. *ſed utrum ff. de eo, qui pro tutor. & ſi quidem omninò non attigit tutelam, non tenebitur.* In §. *item ſurdus Inſtit. tit. quib. non eſt permis. facere teſtam. Utique autem de eo ſurdo loquimur, qui omninò non exaudit, non de eo, qui tardius exaudit.* In §. *mutum Inſtit. tit. de inut. ſtipul. unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, ſed de eo, qui omninò non audit.* Eſt etiam abſurda hæc interpretatio, abſurdam enim ſententiam affingit Ulpiano. Quod ut demonſtremus, duo præmittenda. Primùm, quod hic agit Ulpianus de omnibus fidejuſſoribus, qui in duriorem cauſam
adhibentur. *Illud commune eſt in univerſis.* 3
Cic. 4. *Acad. quæſt. Hæc loquor de univerſis. nihil excipit, de quo non profiteatur. quid enim eſſe poteſt extra univerſa?* Non tamen hoc ita accipiendum eſt, ut comprehendat etiam mandatores, & reos conſtitutæ pecuniæ, tùm quia in hac longiſſima lege non agitur niſi de fidejuſſoribus, & regula propoſita explicatur ſolummodò exemplis fidejuſſorum: tùm quia verba illa, *qui pro aliis obligantur*, propriè conveniunt fidejuſſoribus, qui ſemper pro aliis obligantur, & ideò fidejuſſores per antonomaſiam dicuntur illi, *qui pro aliis obligantur*: nam mandatores, & rei conſtitutæ pecuniæ plerumque pro ſe ipſis, non pro aliis obligantur: tùm denique quia falſa eſſet ſententia, ſi comprehenderet hos omnes. Etenim reus conſtitutæ pecuniæ in duriorem cauſam rectè accipitur *l.* 1. §. *an poteſt. l.* 4. *l. eum qui* 5. *l. id, quod* 19. *ff. de conſt. pecun.* Loquitur igitur Ulpianus de ſolis fidejuſſoribus: ſed tamen de univerſis fidejuſſoribus, qui in duriorem cauſam adhibentur.

Secundò præmittendum eſt, quod qua- 4
tuor modis in duriorem cauſam fidejuſſor adhibetur, vel ratione loci, vel ratione temporis, vel ratione cauſæ, vel ratione quantitatis. Ratione loci, ſi aut certo loco, aut alio loco minùs commodò promittat *l. ſi fidejuſſor.* 16. §. 1. & 2. *ff. de fidejuſſ.* ratione temporis, ſi id agatur, ut fidejuſſor vel obligetur, vel conveniri poſſit ante

reum

reum principalem : cujus rei exempla proponuntur in hoc noſtro §. *illud commune. verſic. item. in l. fidejuſſor.* 16. *§. pen. in l. ſi à reo* 70. *in princ. & §.* 1. *ff. de fidejuſſ.* ratione cauſæ in obligationibus disjunctim contractis, quoties, aut fidejuſſor non habet electionem, quam reus principalis, aut caret ſpe liberationis, quam habet principalis, ut in noſtra *lege græcè* 8. *§. ſi quis Stichum, & §. ſeq. in l. hi, qui* 34. *ff. de fidejuſſ.* ratione quantitatis, ſi plus promittat. *§. fidejuſſores Inſtit. tit. de fidejuſſ. & noſtro §. illud commune.*

His præmiſſis conſtat, quam abſurdam locutionem affingant Ulpiano, qui verba illa *omnino non*, interpretantur, *non in ſolidum.* cùm enim hæc verba referantur neceſſariò ad quantitatem, non poſſunt ullo modò convenire illis fidejuſſoribus, qui vel ratione loci, vel temporis, vel cauſæ in
5 duriorem cauſam adhibentur, & tamen de his maximè agit Ulpianus in laudata lege. Quis enim dixerit, eum qui loco minùs commodo promittit, aut citeriore die, aut purè pro reo ſub conditione obligato, & his ſimiles fidejuſſores *in ſolidum non obligari*? Ne Barbari quidem ita loquuntur. Quid enim attinent ad locum, ad tempus, ad cauſam, verba, *in ſolidum*? Ridenda inſulſitas eſt, hoc modo leges interpretari.

Nec ſolùm inſulſam locutionem, ſed etiam falſam ſententiam affingunt Ulpiano, perverſâ hac interpretatione. Falſum eſt enim, quod illi qui adhibentur in duriorem cauſam tribus illis mobis, quos primos recenſuimus, in ſolidum non obligantur. Certum eſt enim eos nullo modo, nulla ex parte obligari, ut conſtat ex legibus ſuprà lauda-
6 tis. Qui autem dicit aliquem in ſolidum non obligari, ſupponit eum aliquo modo, aliqua ex parte obligari. Itaque illa locutio & convenit ſolis fidejuſſoribus plus quantitate promittentibus, & in his ſolummodò vera eſt : in cæteris, & abſurda eſt, & falſam continet ſententiam, & tamen de his potius agitur, quàm de illis, ut demonſtrant exempla, quæ ibi ſubjiciuntur.

Et ſanè ſemper in Jure noſtro traditum eſt, fidejuſſores in duriorem cauſam accipi non poſſe, eos non obligari, plus eſſe non poſſe in acceſſione, quàm in re principali *l. græcè* 8. *§. illud commune l. hi, qui* 34. *ff. de fidejuſſ. §. fidejuſſores Inſtit. tit. de fidejuſſ.* Nec uſquam excipiuntur fidejuſſores, qui majorem quantitatem promiſerunt. Cùm enim omnes alii nullo modo obligentur, utique neceſſariò debebant nos admonere Veteres Juriſconſulti, hos illis eſſe diſſimiles, & in ſumma à reo principali debita obligari.

Ac ſi prohibitum ſolummodò eſſet à lege fidejuſſores non obligari in duriorem conditionem; admitti fortaſſè poſſet communis ſententia, juxta quam fidejuſſor in majorem ſummam non obligatur. Licet enim majorem ſummam promiſerit, ac proptereà fuerit acceptus in duriorem cauſam, tamen detrahitur à promiſſione ſumma excedens; & in ea inutilis eſt promiſſio : valet autem in ſumma à reo debita, & in ea fidejuſſor obligatur. Quapropter in majorem ſummam non obligatur, ut ipſi aïunt. Equidem ſi à lege ſolummodò prohiberetur obligatio in majorem ſummam, & in duriorem cauſam; hæc fortaſſè viderentur habere rationem. Sed animadvertere oportet, quod non prohibe- 8
tur fidejuſſor obligari ſolum, ſed etiam accipi, & adhiberi in duriorem cauſam. Ulpianus in noſtro §. *illud commune : ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti.* & rursùs : *in leviorem planè cauſam accipi poſſunt : propter quod in minorem ſummam rectè fidejuſſor accipietur.* Paulus in *l. hi qui*, 34. *ff. de fidejuſſ. hi, qui acceſſionis loco promittunt, in duriorem cauſam accipi non poſſunt.* Papinianus *in l. ſi teſtamento. in fine eod. ne in duriorem cauſam, contra Juris formam acceptus intelligatur.* Julianus in *l. fidejuſſor* 16. *§. pen. ff. de fidejuſſ. ſtipulatione in diem conceptâ ſi fidejuſſor ſub conditione accipiatur.* Hoc ipſum igitur eſt contra legem, accipere, & adhibere fidejuſſorem in duriorem cauſam : adeoque ut ſit inutilis fidejuſſio, & pro infecta habeatur, ſufficit fidejuſſorem acceptum fuiſſe in duriorem cauſam *l. non dubium C. de legib.* fruſtrà igitur conantur redigere ad

formam Juris obligationem, eam amputando, & circumcidendo, cùm ipſa acceptio fuerit contra formam Juris. Aliud enim eſt accipere fidejuſſorem in duriorem cauſam, aliud eum obligari *d. §. illud commune*, ibi:
9 *ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti, placuit, eos non obligari*; & infrà, *ſi reus ſub conditione fuerit acceptus, fidejuſſor purè, non obligabitur*. Et paſſim in tota illa lege diſtinguuntur inter ſe, *accipi fidejuſſorem, & obligari. & in l. fidejuſſor 16. §. qui certo loco, & §. fidejuſſor ff. de fidejuſſ.* Præcedit enim acceptio, ſubſequitur obligatio, & licet acceptus, & adhibitus fuerit fidejuſſor, tamen ſæpenumerò non obligatur, ut in laudatis legibus. Licet igitur dicamus fidejuſſorem promittentem majorem ſummam obligari ſolum in ſumma debita, tamen non ideò minùs verum erit, eum acceptum fuiſſe in duriorem cauſam, hoc eſt, contra Juris formam, adeoque actum accipiendi fidejuſſorem inutilem fuiſſe, & nullam ex eo oriri potuiſſe obligationem. Accipitur enim in duriorem cauſam fidejuſſor, cùm id agitur inter contrahentes, ut ipſe plus debeat, quàm principalis. Non poteſt autem negari, actum fuiſſe inter contrahentes, ut plus debeat fidejuſſor, quàm principalis, quoties majorem ſummam promittit.

Præterquam quod etiamſi contra formam Juris peccaretur ſolum, quando fidejuſſor eſſet in majorem ſummam obligatus: non verò quando majorem ſummam promittit, quod falſum eſſe demonſtravimus: tamen obligatio contra formam Juris contracta non poſſet ad formam Juris redigi, ampu-
10 tando ſummam excedentem. Nam illud omnibus commune eſt Philoſophis, Theologis, Juriſconſultis; vitium in forma vitiare omnem actum, nec formam ſuppleri poſſe: & ad rem noſtram accommodatum exemplum ſuppeditat nobis Papinianus in *l. filius 15. ff. de condit. Inſtit.* Filius in poteſtate non poteſt à Patre inſtitui ſub conditione, niſi ea ſit in ipſius poteſtate. Hæc eſt forma Jure præſcripta. *l. ſunt 4. in princ. ff. de hæred. Inſtit. l. Lucius 83. ff. de condit. & demonſtr. l. ſi pater C. de Inſt. & ſubſt.* Quidam filium inſtituit ſub conditione impoſſibili & à legibus improbata. Non eſt hæc in poteſtate filii *d. l. filius 15.* videbatur nihilòminus dicendum valere inſtitutionem: quia cùm ab ultimis voluntatibus detrahatur conditio, & pro non adjecta habeatur, purè videtur filius inſtitutus *l. obtinuit ff. de cond. & dem. l. 1. ff. de cond. inſtit. §. impoſſibilis Inſt. tit. de hæred. inſtit. l. conditiones 14. ff. de cond. inſt. l. non dubitamus ff. de cond. & demonſtr. l. un. C. de his, qui pœna nom.* & tamen ait Papinianus non valere inſtitutionem: licet enim hujus generis conditio ſemper ab inſtitutione detrahatur, & pro non ſcripta habeatur: non detrahitur tamen ab inſtitutione filii repugnante Juris formâ. Quantò minùs detrahetur quantitas excedens contra formam Juris. Ac ſi liceret ex fidejuſſione detrahere id, quod efficit duriorem conditionem fidejuſſoris, omnes propè fidejuſſiones ad formam Juris redigi poſſent, adeoque valerent. Detrahe locum ex fidejuſſione, de qua in *l. fidejuſſor 16. §. qui certo ff. de fidejuſſ.* & non obligabitur in duriorem cauſam. Detrahe decem ex fidejuſſione, de qua in *l. græcè. §. ſi quis Stichum ff. eod.* & non erit durior conditio fidejuſſoris.

Neque in hac cauſa locum habet regula, quod utile per inutile non vitiatur, & quod vitium in exceſſu quantitatis non vitiat totum actum *c. utile de Reg. Jur. in 6 l. 5. §.* 11
generaliter l. ſed ſi vir. §. ſi vir uxori ff. de don. int. vir. & uxor l. placuit 29. de uſur. l. 1. §. Trebatius ff. de aqua quotid.

Hæc enim regula obtinet, cùm lex ſtatuit certam quantitatem, quam excedere non liceat: tunc enim vitiatur ſolus exceſſus, quia vitium eſt ſolummodò in exceſſu. Contrà verò quando lex ſtatuit aliquid de natura actûs, eique formam præſcribit, tunc quia vitium eſt in ipſa natura, formaque actûs, neceſſe eſt, ut totus actus corruat. Hujus acceſſionis natura, & forma à Jure 12
præſcripta eſt, ut in ea plus eſſe non poſſit, quàm in principali obligatione *§. fidejuſſores Inſt. tit. de fidejuſſ.* ut non poſſit fidejuſſor accipi in deteriorem conditionem, *l. ſi*

Digitized by Google

teſtamento 49. *in fin. ff. de fidejuſſ.* adeoque vitium ineſt naturæ, formæque fidejuſſionis, totamque ſubvertit : actus enim eſt individuus *l.* 1. *§.* 1. *l. continuus ff. de V. O.* itaque non poteſt eſſe pro parte ſecundùm Juris formam, & pro alia parte contra formam Juris. Exempla in *l. in hoc judicio* 27. *ff. famil. herciſc. in l. Pedius* §. 1. *ff. de recept. arbitr. in c. cùm de non ſacerdotali. de preb. in* 6. *in c. ad audientiam, ubi DD. de reb. Eccleſ. alien.*

His omnibus accedit, quòd cùm fidejuſſor majorem ſummam promittit, in aliam
13 obligationem accipi videtur. Toties enim
in aliam obligationem accipi dicitur fidejuſſor, quoties in contrahenda fidejuſſione agitur, ut fidejuſſor aliquid debeat, quod non debet reus principalis, ut infrà probabimus. Itaque alio etiam de nomine inutilis eſt fidejuſſio *lege ſi ita* 42. *& l. græcè.* §. *ſi quis Stichum ff. de fidejuſſ.*

Argumenta, quibus contraria ſententia probatur, non magnam vim habent ad perſuadendum.

CAPUT IV.

AD L. GRÆCE 8. §. SI QUIS *Stichum, & in l. ſi ita* 42. *ff. de Fidejuſſ.*

SUMMARIUM.

1 *Fidejuſſor pro eo, qui non eſt obligatus, obligari non poteſt.*
2 *Item accipi debet in eamdem obligationem.*
3 *Quando in aliam obligationem acceptus intelligatur.*
4 *Pro eo qui Stichum debet, non poteſt promittere Stichum aut decem.*
5 *Nec pro eo qui decem debet, promittere poteſt decem, aut Stichum.*
6 *Pro eo qui Stichum & Pamphilum debet, promittere poteſt Stichum, aut Pamphilum.*
7 *Pro eo qui debet Stichum, aut Pamphilum, utrum ipſe voluerit, non poteſt promittere Stichum, aut Pamphilum, utrum ipſe voluerit.*
8 *Pro eo qui debet Stichum, aut Pamphilum, utrum creditor voluerit, poteſt promittere Stichum, aut Pamphilum, utrum ipſe voluerit.*
9 *Explicatur & conciliatur* l. ſi Stichum 38. ff. de fidejuſſ.
10 *Explicatur & conciliatur* l. hi qui acceſſionis 34. ff. eod.
11 *Quando propter facultatem eligendi vitietur, aut non vitietur fidejuſſio.*
12 *Aliud eſt merx, aliud æſtimatio : & merx pecuniâ æſtimatur, non pecunia merce.*
13 *Pro merce æſtimata fidejuſſor rectè promittit æſtimationem.*
14 *Pro fundo debito poteſt promittere uſumfructum.*
15 *Uſusfructus ſeparatus à proprietate eſt jus fundi : conjunctus eſt portio fundi : & quomodo id accipiendum?*
16 *Fidejuſſor poteſt promittere factum rei principalis.*
17 *Factum alienum non rectè promittitur niſi ſub pœna.*
18 *Differentia inter fidejuſſorem, & reum conſtituta pecunia.*

CUm fidejuſſio ſit acceſſio principalis
obligationis §. *fidejuſſores Inſtit. tit. de* 1
fidejuſſor. non poteſt obligari fidejuſſor pro eo, qui non eſt obligatus *l. fidejuſſor* 16. *ff. de fidejuſſ.* & ſi nulla ſubſit principalis obligatio, inutilis eſt etiam fidejuſſio *l. ſi mihi l. qui contra. l. ſi ſub impoſſibili. l. ſi quis pro eo. in princ.* & in §. *ſi nummos. l. ſi à reo. in*
fin. l. ſi debitori ff. de fidejuſſ. Cùm autem 2
fidejuſſor omninò debeat accedere principali obligationi, & promittere pro eo, qui eſt obligatus; debet etiam accipi in eamdem obligationem, & promittere id ipſum, quod debet reus principalis. Si in aliam obligationem accipiatur, non valet fidejuſſio, ut reſpondet Ulpianus ex ſententia Marcelli in *l. græcè* 8. §. *ſi quis Stichum. verſ. Marcellus ff. de fidejuſſ.* & ſi promittat id, quod reus principalis non debet, non obligatur *l. ſi ita* 42. *ff. eod.*

In aliam obligationem accipi dicitur fidejuſſor, quoties id agitur in contrahenda fidejuſſione, ut ipſe aliquid debeat, quod reus principalis non debet. Exemplum proponitur in laudata *l. ſi ita ff. de fidejuſſ.* Reus debebat decem, fidejuſſor promittit mille modios tritici : non obligatur. Facit ad rem text. in *l. ſi à reo* 70. §. *ſi reo ff. de fidejuſſ.* ibi, *an non obligetur, quaſi in aliud.*

Alterum exemplum proponitur in noſtra lege *græcè* 8. §. *ſi quis Stichum ff. de fidejuſſ.*

4 Reus Stichum debet, fidejuſſor promittit Stichum, aut decem: non obligatur, tùm quia durior eſt ejus conditio, tùm quia alia eſt ejus obligatio.

Tertium proponitur in *eodem §. verſic.*
5 *denique*. Reus debebat decem: fidejuſſor promittit decem, aut Stichum: non obligatur, licèt levior ſit ejus conditio: levior eſt conditio fidejuſſoris, quia habet electionem, utrum velit ſolvere decem, an Stichum *l. plerùmque* 10. *ff. de jure dotium §. ſi quis. verſic. huic autem Inſtit. tit. de action.* In ſuperiore exemplo durior erat conditio fidejuſſoris, quia reus per mortem Stichi poterat ab obligatione liberari, fidejuſſor non poterat *l. hi, qui acceſſionis* 34. *ff. de fidejuſſ.* eſt igitur in poſtremo exemplo levior conditio fidejuſſoris; ſed tamen non tenetur, quia in aliam obligationem acceptus eſt. Etenim in obligatione fidejuſſoris eſt Stichus, qui non eſt in obligatione rei principalis.

Hîc autem duo oportet animadvertere ad hujus legis explicationem. Primum, quòd alia eſt obligatio, etiamſi in obligatione ſit etiam id, quod reus debet. In utraque enim obligatione ſunt decem: ſed quia in obligatione fidejuſſoris eſt etiam Stichus, idcircò in aliam obligationem acceptus intelligitur: vel ſaltem eſt in ejus promiſſione, quod verius eſt. Sufficit igitur eum promiſiſſe aliquid, quod reus non debet.

Præterea, quod non ideò alia dicitur fidejuſſoris obligatio, quod disjunctim concepta ſit, quaſi hac de cauſa ab alia differat, & impediat, quominus fidejuſſor obligetur. Nam ſi reus debeat Stichum, & Pamphilum,
6 fidejuſſor autem promittat Stichum, aut Pamphilum: licet hæc disjunctim, illa conjunctim concepta ſit; tamen fidejuſſor tenetur, laudata *l. gracè §. penult. ff. de fidejuſſ.* quia nihil promittit, quod non debeat reus, nec quicquam debere poteſt, quod ab illo non debeatur. Contrà etſi utraque promiſſio disjunctim concipiatur, fieri poteſt, ut fidejuſſor non obligetur, tamquam in aliam obligationem acceptus. Reus debet Stichum, aut Pamphilum utrum ipſe voluerit. Fidejuſſor promittit Stichum, aut Pamphilum, utrum ipſe voluerit. Videntur omninò ſimiles hæ duæ obligationes. Fidejuſſor tamen 7
non tenetur, quia in poteſtate ejus eſt alium velle, quàm reus voluiſſet *l. ſi Stichum* 38. *ff. de fidejuſſ.*

Contrarium tamen videtur reſpondiſſe Ulpianus in noſtra *l. gracè §. contra.* Reus promiſit Stichum, aut Pamphilum, quem creditor voluerit: Fidejuſſor promittit Stichum, aut Pamphilum, quem ipſe voluerit. Obli- 8
gatur fidejuſſor: & tamen videtur in aliam obligationem acceptus, ſicut in ſuperiori exemplo.

Sed ſimilia non ſunt hæc duo exempla. In ſuperiori exemplo petito ex *l. ſi Stichum* 38. 9
ff. de fidejuſſ. eſt in poteſtate ipſius fidejuſſoris alium velle, & ideò præſumitur ipſum velle alium, ne teneatur, argumento text. in *l. ſi ita ſtipulatus* 12. *ff. de V. O. l. ſub hâc ff. de oblig. & act.* Quoties enim ad impediendam, vel minuendam obligationem, ſufficit voluntas debitoris, ea non expectatur, & etiam ſine ulla declaratione præſumitur à Lege ſtatim voluiſſe. Contrà verò in altero exemplo, cùm id pendeat à voluntate creditoris, cujus eſt electio, non præſumitur alium velle, quam fidejuſſor ipſe velit, ne corruat ejus obligatio. Eadem enim ratione, quâ præſumitur debitorem nolle teneri, præſumitur creditorem velle eum obligari. Si enim noluiſſet eum obligari, non accepiſſet fideiuſſorem. Igitur creditor aut reum prius conveniet, & eo ſolvente fidejuſſor liberabitur. Aut conveniet prius fidejuſſorem, & petet ab eo Stichum, aut Pamphilum: nec enim aliter agere poteſt §. *ſi quis agens Inſt. tit. de act.* Satius eſt autem prius convenire fidejuſſorem: ne ſi convenerit reum, atque ita elegerit, eo non ſolvente fidejuſſor liberetur alium eligendo; ſed cùm hæc omnia poſita ſint in poteſtate creditoris, cujus intereſt habere fidejuſſorem obligatum, non obſtant ejus obligationi, nec poteſt præſumi alium velle, quam velit ipſe fidejuſſor.

Contrarium quoque videtur reſpondiſſe Paulus in *l. hi, qui acceſſionis* 34. *ff. de fidejuſſor.* Reus debebat Stichum, aut Pamphilum; fidejuſſor promittit Stichum: levior eſt

Digitized by Google

ejus obligatio, quia mortuo Sticho liberatur. Adeoque rectè contracta eſt fidejuſſio. Eſt hic in poteſtate debitoris alium velle, quam debeat fidejuſſor; nec ejus intereſt obligari fidejuſſorem, vel ſaltem magis ei expedit, habere liberam electionem, quam fidejuſſorem eſſe obligatum.

Animadvertendum eſt in hac lege nihil à Paulo definiri quoad obligationem fidejuſſoris, ſed ſolum ab eo in controverſiam adduci, ac definiri leviorem eſſe fidejuſſoris conditionem. Puto igitur valere quidem fidejuſſionem, ſed hactenus pendere, quamdiu debitor elegerit, quemadmodum cùm futuræ, aut conditionali obligationi accedit. Sed hæc quæſtio pendet ab altera quæſtione, an in promiſſione disjunctiva, utraque res ſit affecta obligatione, an verò debeatur quid incertum, quod ſolutione certum fiat. Si primum, non erit in pendenti obligatio fidejuſſoris, quia debebit Stichum, quem debet etiam reus principalis. Si ſecundum, erit in pendenti obligatio quamdiu conſtat, an Stichus, vel Pamphilus debeatur. Hoc autem videtur multò rectius: nam ſi primum admittamus, & illud probandum erit in *l. ſi Stichum* 38. *ff. de fidejuſſ.* obligari fidejuſſorem, quod falſum eſt.

His poſitis hæc regula ſtatuenda videtur. Quoties electio eſt fidejuſſoris, inutilis eſt
11 fidejuſſio. *Si Stichum* 38. *ff. de fidejuſſor.* quia præſumitur alium velle. Quoties autem electio eſt creditoris, initio valet fidejuſſio: quia præſumitur in eodem concurrere. *l. græcè.* §. *contra ff. de fidejuſſ.* Denique quando electio eſt debitoris, quia incertum eſt, quem ſit electurus, in pendenti eſt obligatio fidejuſſoris. Atque ita exponendum puto textum in laudata *lege. Hi, qui acceſſionis* 34. *in fine ff. de fidejuſſ.*

Sed iterum obſtat text. in noſtra *lege ſi ita* 42. *in fine ff. de fidejuſſ.* ubi Javolenus ait, quòd ſi reus debeat decem, fidejuſſor non poteſt promittere mille modios tritici. Subdit
12 hanc rationem; quia non poteſt pecunia æſtimari merce, ſicut merx æſtimatur pecuniâ. Quibus verbis indicat, quod ſi reus deberet mille modios tritici, fidejuſſor poſſet promittere decem; tunc enim merx pecuniâ æſtimaretur. Atqui aliud eſt merx, aliud ejus pretium, & æſtimatio *l. 1. ff. de rer. permut. l. 1. §. 1. in fin. ff. de contr. empt. §. ſi res aliena Inſt. tit. de legat.*

Reſpond. quod Juriſconſultus non ſtatuit, fidejuſſorem promittere poſſe æſtimationem rei debitæ à principali debitore: ſed quod non poteſt promittere mercem pro pecunia debita, quia pecunia merce non æſtimatur, ſicut merx æſtimatur pecuniâ. Ex hoc illud 13
rectè deducitur, quod numquam fidejuſſor poteſt pro pecunia mercem promittere; poterit tamen pecuniam pro merce promittere: cùm merx pecuniâ fuerit æſtimata. Et hoc veriſſimum eſt. Si reus principalis debeat mercem pecuniâ æſtimatam, poteſt fidejuſſor pecuniam illam, hoc eſt æſtimationem promittere. Ratio eſt in promptu, quia & ipſe reus principalis debet eamdem æſtimationem *l. quoties ff. de jure dotium.* quare non accipitur in aliam obligationem. Poſſet etiam tentari, quod cùm ibi agatur de mutuo, in quo juxta communem ſententiam creditor poſt moram eligere poteſt utrum velit, rem, an æſtimationem per *text.* in celebri *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* fidejuſſor obligari poſſit in æſtimationem, quam commiſsâ morâ utique electurus eſt creditor, ut fidejuſſorem habeat obligatum ſecundum ea, quæ ſuprà diximus. Quod non valdè probo, cùm Interpretum noſtrorum commentum putem illam electionem.

Opponi etiam poteſt, quod ſi reus fundum debeat, poteſt fidejuſſor uſumfructum promittere *l. ſi à reo* 70. §. *ſi reo ff. de fidejuſſ.* ſed aliud eſt fundus, aliud ejus uſusfructus 14
l. rectè 25. *ff. de V. S. l. & per jusjurandum* 13. §. *illud ff. de acceptil.*

Reſpondetur, quod fidejuſſor, qui promittit uſumfructum pro eo, qui debet fundum, ſimilis eſt ei, qui promittit partem pro eo, qui totum debet, *l. qui uſumfructum* 15
58. *ff. de V. O.* Licèt enim uſusfructus à proprietate ſeparatus, non ſit pars fundi, ſed fundi jus, ac ſervitus *l. Mevius* §. *fundo legato ff. de legat.* 2. *l. rectè ff. de V. S.* tamen conjunctus cum proprietate portionis inſtar eſt

d. l. qui uſumfructum ff. de V. O. l. ſi ab emptore ff. de evictıon. Et hunc uſumfructum promittit fidejuſſor. Ac ſi à reo principali ſolutus fuerit fundus deducto uſufructu : ſicut creditor poteſt à reo principali uſumfructum petere *l. cum qui ita 56. §. ſi à te ff. de V. O.* ita poterit eumdem uſumfructum petere à fidejuſſore. Et quamvis eo caſu jus fundi ſit, tamen incivile eſt fidejuſſorem non teneri *l. ſi a reo 70. §. ſi reo ff. de fidejuſſ.* emolumentum enim rei continet *l. Mævius 66. §. funao legato ff. de leg. 2.* & ſicut peti poteſt à debitore principali, ita & à fidejuſſore. Neque enim petitur tamquam jus, ſed tamquam pars avulſa à proprietate, quia quoad eum, cui fundus debetur, partis inſtar obtinet, *l. cùm filius 76, §. dominus ff. de leg. 2.* licet quoad fructuarium ſit jus diſtinctum, & diverſum ab ipſo fundo.

Poſſet etiam alicui ſcrupulum injicere,
quod fidejuſſor promittere poteſt factum rei
16 principalis *l. cùm filius 49. ff. de fidejuſſ.* Hoc
autem cùm ſit factum alienum promitti non
poteſt, niſi ſub pœna *l. ſtipulatio iſta 38. §.*
17 *at ſi quis ff. de V. O. l. ſicut 65. ff. de fidejuſſ.*
Poteſt igitur promittere quod non debet reus
principalis.

Reſpondetur, quod ipſe reus principalis ſi non fecerit, tenetur vel ad pœnam, vel in id, quod intereſt *l. ſi quis 13. in princ. & in fin. ff. de re judic.*

Qui putant fidejuſſorem ſimilem eſſe reo conſtitutæ pecuniæ, poſſent ab hoc ad fidejuſſorem ducere argumentum, & concludere, quod ſicut aliud pro alio conſtitui poteſt *l. 1. §. an poteſt ff. de conſt. pec.* ita & aliud pro alio poſſit à fidejuſſore promitti.

Sed non ſunt ſimiles fidejuſſores, & rei
conſtitutæ pecuniæ. Reus conſtitutæ pecuniæ
18 poteſt plus promittere *l. hactenus §. 1. ff. de*
conſt. pecun. poteſt promitti ei, qui non eſt
creditor *l. eum, qui §. quod exigimus ff. eod.*
poteſt conſtitui frumentum pro pecunia *l. 1.*
§. an poteſt ff. eod. poteſt conſtitui citeriore
die *l. 4. ff. eod.* & poteſt purè, vel certo die
conſtitui id, quod ſub conditione debetur,
& eâdem conditione ſuſpenditur *l. id, quod*
ſub conditione 19. ff. eod. & poteſt conſtitui
alio loco *l. eum, qui 5. ff. eod.* Quæ omnia in fidejuſſione ſunt improbata *l. gracè 8. §. illud commune, cum ſeqq. l. fidejuſſor. 16. in princ. §. 1. & ſeq. l. hi, qui 34. l. ſi a reo 70. ff. de fidejuſſ. §. fidejuſſores Inſt. tit. eod.* Conſtituta enim ſolâ æquitate nituntur *l. 1. ff. de conſt. pec.* In fidejuſſione autem ſtrictam Juris rationem ſequimur *l. quicquid adſtringendæ ff. de V. O.*

CAPUT V.

AD L. ULT. §. SI MULIER

Pen. ff. ad S. C. Vellejan.

SUMMARIUM.

1 *Mulier an poſſit renuntiare S. C. Vellejano.*
2 *Cauſa cur mulieribus interdicatur interceſſio.*
3 *Civilia officia interdicta ſunt fœminis: & quæ ea ſint.*
4 *Ad civilia officia non admittitur mulier etiamſi renuntiet.*
5 *Fœminæ cur arceantur à tutela.*
6 *Beneficia ac privilegia, quæ dantur ob meritum, non dantur invitis: contrà, quæ dantur ob imbecillitatem, dantur etiam invitis.*
7 *In fraudem Senatuſconſ. excogitata rata non ſunt.*
8 *Renuntiatio eſt in fraudem Legis.*
9 *Renuntiatio Legis Falcidiæ eſt in fraudem Legis.*
10 *Renuncians poſt biennium tenetur.*
11 *Cur mulier obligetur ſi poſt biennium confirmet obligationem.*
12 *Mulier poſt biennium poteſt conſentire alienationi rerum propter nuptias donatarum.*
13 *Si mulier debitorem liberet, actio creditori reſtituitur.*
14 *Quis dicatur vetus debitor?*
15 *Mulier tuta eſt, etiamſi non oppoſitâ exceptione fuerit condemnata.*
16 *Vellejanum non ſuccurrit mulieri exercenti liberalitatem ſuam.*
17 *Non decipitur mulier in caſu propoſito* in l. ult. ff. ad Senatuſconſultum Vellej.
18 *Mulier etiam renuncians decipitur.*
19 *Cur mulier intercedendo decipiatur.*
20 *Pupillarum cauſa favorabilior quàm mulierum.*

POmponius ait. *Si mulier pro eo, pro quo interceſſit, judicium parata ſit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: Quoniam Senatuſconſulti exceptionem opponere poteſt, cavere debet exceptione ſe non uſuram,*

Digitized by Google

& ſic ad Judicem ire. Ex hâc lege id effici
1 putant Interpretes noſtri, mulierem poſſe renunciare Senatuſconſulti Vellejani beneficio. Atque id confirmant, tùm quia quilibet poteſt privilegio ſuo, ac beneficio renunciare *l. ſi Judex ff. de minor. l. pen. C. de pact. l. invito ff. de Reg. Jur.* tùm, quia mulier certior facta de Senatusconſulto eique renuncians, non meretur ejus auxilium, cùm non decipiatur, imò ipſa decipiat creditorem *l.* 1. §. 2. *&* 3 *l. ſi decipiendi* 30. *ff. ad S. C. Velleian.* tùm denique, quia id mulieri promitti videtur tùm in *Nov.* 118. *c.* 5. tùm *in l. ſi mulier perfecta C. ad S. C. Vell jan.*

Ego tamen, ut contrà ſentiam, moveor
2 his argumentis. Primùm, quia potiſſima cauſa removendi mulieres ab interceſſione, fuit, quia pro alio intercedere eſt officium virile, ac civile. Officia autem virilia, ac civilia dempta ſunt fœminis: adeoque multò magis adimendum eis fuit id officium, in quo non ſola opera, nudumque miniſterium earum verſaretur, ſed etiam periculum rei familiaris. Hæc eſt unica ratio, quâ nititur Senatusconſultum Vellejanum, tum à Paulo expoſita in *l.* 1. §. 1. *ad S. C. Vellejan.* tùm in ipſo Senatusconſulto expreſſa, cujus verba relata ſunt in *l.* 2. §. 1. *ff. eod.* Quis autem dixerit mulierem, quæ obeundis virilibus officiis non eſt idonea, idoneam effici ſuâ ipſius voluntate, ac renunciatione, contra expreſſam Senatusconſulti prohibitionem? repugnat conſtitutio *l. non dubium* **C.** *de legib.*
3 Civilia, ac virilia officia ſunt: Judicem eſſe: Magiſtratum gerere: poſtulare: procuratorem exiſtere: & pro alio intervenire: & ab omnibus remotæ ſunt fœminæ *l.* 2. *ff. de Reg. Jur. l. cùm Prætor* 12. §. *fin. ff. de judic. l. ult. C. de recept. l.* 1. §. *ſecundo loco ff. de poſtul. l. neque fœminæ* 54. *ff. de procur.* Quis dixerit, fœminam renunciantem his legibus, quibus arcetur ab hujuſmodi officiis virilibus, poſſe aut Judicem, aut procuratorem exiſtere, aut Magiſtratum gerere, aut poſtulare? Si non prodeſt mulieri renuntiatio, ut
4 ad hæc officia admittatur: multò minus prodeſſe poteſt, ut admittatur ad intercedendum, cùm ab hoc officio multò magis arceatur, quam ab aliis: quia in hoc non ſola opera, nudumque miniſterium mulieris verſatur, ſed etiam periculum rei familiaris *l.* 1. §. 1. *ff. ad S. C. Vellej.* Præterquam quod alia officia mulieribus interdicta ſunt moribus *d. l.* 1. §. 1. Hoc autem, & moribus, & Senatuſconſulto, ut indicant illa verba Senatuſconſulti: *Tametſi antè videtur ita Jus dictum eſſe.*

Hìc autem monendum eſt perverſè admodum Interpretes noſtros, ex quo periculum rei familiaris verſatur in interceſſione, ſtatuere mulierem poſſe intercedere cum renunciatione. Hoc enim efficitur, ut multò ma- 5
gis arcendæ ſint fœminæ ab interceſſione, non ut ad eam facilius admittantur. *l.* 1. §. 1. *ff. ad S. C. Vell.* Tutela quoque eſt officium virile, ac propterea arcentur ab ea fœminæ *l. tutela* 16. *& l. ult. ff. de tutel. l.* 1. *C. quando mul. tut. offic.* Ipſa quoque eſt onus, & quidem grave: in ea quoque verſatur periculum rei familiaris. *Inſt. tit. de legit. Patr. tut. l.* 3. *& paſſim ff. de tutel. toto tit. ff. de admin. & peric. tut.* Et tamen non poteſt mulier, etiamſi maximè velit hujuſmodi periculum ſubire, etiamſi huic beneficio renunciet, ad tutelam admitti. *Novel.* 118. *cap.* 5. §. *hoc autem l. ult. ff. de tutel.* Neque enim per renunciationem effici poſſunt idoneæ ad ſubeundum munus, quod proprium eſt maſculorum *d. l. ult.* ſublatâ enim cauſâ periculi, ſupereſt alia cauſa, quæ per renunciationem non tollitur. Maritus quoque non poteſt renunciare privilegio, ne condemnetur ultra id, quod facere poteſt. *l. alia* 14. §. 1. *ff. ſolut. matrim.* eſt enim hoc contra reverentiam mariti debitam, quæ cauſa per renunciationem tolli non poteſt.

Confirmatur, quia etiamſi mulieres arcerentur ab interceſſione ob ſolum periculum rei familiaris, tamen non poſſent huic beneficio renunciare. Beneficia non ejuſdem modi ſunt omnia. Quædam conceduntur ob meritum, virtutemque, & induſtriam perſonæ, aut ob commiſerationem, ut ſunt privilegia Militum, Doctorum, miſerabilium perſonarum, & hujus generis cætera. Quædam tri-

Digitized by Google

buuntur ob imbecillitatem , imperitiam , & imprudentiam , ut conſulatur quibuſdam
6 perſonis , quæ ipſæ per ſe ſibi ſatis proſpicere non poſſunt , ut ſunt pupilli , minores , prodigi , furioſi , mulieres. Illa indulgentur concedendo aliquid , quod non haberet , aut facere non poſſet is , cui conceduntur. Hæc tribuuntur prohibendo id , quod aliàs facere poſſent. Illa non eſſent beneficia , ſi tribuerentur invitis : nam ut ait Plautus in Trinummo : *nullum beneficium eſſe duco id , quod , cui facias , non placet.* & de illis agitur in *l. pen. C. de pact. in l. invito ff. de Reg. Jur.* Hæc autem contrà non eſſent beneficia , ſi non tribuerentur etiam invitis : prohibitio enim non volentes afficit , ſed invitos. Finge furioſum ſibi violentas manus inferentem : nullum ipſi confers beneficium, niſi gladium vi è manibus eripias. Rectè Seneca *de benefic. l. 2. cap. 14. Sunt quædam nocitura impetrantibus , quæ non dare , ſed negare beneficium eſt* : & infrà : *Ut frigidam ægris negamus , & lugentibus , ac ſibi iratis ferrum , aut amantibus , quicquid contra ſe uſurus ardor petit : ſic ea quæ nocitura ſunt , impensè & ſubmiſsè, nonnumquam etiam miſerabiliter rogantibus , perſeveralimus non dare* ; & rurſus : *Exorari in perniciem rogantium ſæva bonitas eſt. Quemadmodum pulcherrimum opus eſt , etiam invitos , nolenteſque ſervare ; ita rogantibus peſtifera largiri blandum & affabile odium eſt.* Servat nolentes , & invitos Jus Civile , pupillos , minores , furioſos , prodigos , mulieres , cùm prohibet eos obligari , & ideò non poſſunt huic beneficio renunciare , nam hoc ipſo circumveniuntur *l. doli exceptio. verſic. diverſum eſt ff. de novat.* De pupillo , minore , & prodigo , aut furioſo , nemo dubitat ; quid cauſæ eſt , cur de muliere dubitare debeamus , cujus eſt par ratio? enimverò incaſſum mulieribus proſpexiſſet Senatuſconſultum , ſi permitteret eis renunciare. Voluit Senatus proſpicere mulieribus, quia facilè circumveniuntur , ac ſeducuntur à callidis hominibus , non prævidentes damnum , quod imminet ex interceſſione. Profectò , mulier , quæ non prævidet damnum imminens ex interceſſione , nec prævidet damnum imminens ex renunciatione. Nullum enim aliud damnum poteſt pati propter renunciationem , quod non pateretur ex ſola interceſſione ante hoc Senatuſconſultum. Ideò mulier facilè adducitur ad intercedendum , quia ſperat debitorem ſoluturum , aut reſtituturum quicquid ipſa pro eo ſolverit , ac propterea nullum ſe damnum paſſuram ex interceſſione. Quæ ita animata eſt , quæ hoc certo ſperat , promptiſſima erit , & paratiſſima ad renunciandum. Quid enim poteſt ei obeſſe renunciatio ?

Quamobrem hæc perpendentes Veteres Juriſconſulti reſponderunt , ea , quæ in frau- 7
dem Senatuſconſulti excogitata probari poſſunt , rata haberi non oportere *l. quidam 29. in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* Quod autem re- 8
nunciatio in fraudem Senatuſconſulti ſit excogitata , dubitari non poteſt , per text. *in l. Sejus , & Agerius 27. ff. ad Leg. Falcid.* Lex Falcidia lata fuit tum in gratiam ipſorum teſtatorum , ne inteſtati decederent , *princ. tit. Inſt. verſ. idque ipſorum. de Leg. Falcid.* tum ipſorum hæredum , ut ex hæreditate perciperent emolumentum *l. poteſt hæres 71. ff. ad Leg. Falcid.* Et tamen huic beneficio renunciare non poſſunt neque teſtatores , neque hæredes : & etiamſi concurrat ſimul voluntas teſtatoris , hæredis , & legatarii , tamen 9
inutilis eſt renunciatio quantumvis ſtipulatione vallata *l. quod bonis 15. § frater ff. ad Leg. Falcid.* tamquam initia contra Jus Publicum , & in fraudem legis *d. l. quod bonis 15. & d. l. Sejus 27. ff. ad Leg. Falcid.* Imò etſi hæres inſtituatur ſub hac conditione renunciationis , & ſub eadem conditione ei datus fuerit ſubſtitutus , tamen non impletâ conditione , poteſt hæreditatem adire , & excludere ſubſtitutum perindè , ac ſi conditio illa adſcripta non fuiſſet *d. l. Sejus , & Agerius ff. ad Leg. Falcid.* Nam conditio in fraudem legis adſcripta remittitur *l. ſi quis ſub conditione ff. de condit. inſtit. d. l. Sejus. in fine.* Quantò magis igitur in fraudem Senatuſconſulti , & inutilis erit renunciatio mulieris , cui interdictum eſt interceſſione , tùm ne virilibus officiis fungatur , tùm ne periclitetur de re familiari *l. 1. ff. ad S. C. Vellejan.*

quod

quod periculum non declinat renunciando. Quin imò inventa eſt renunciatio, ut periculum certius incurrat, & eludatur diſpoſitio Senatuſconſulti mulieri proſpicientis.

Ut his fraudibus occurreret Juſtinianus in *l. ſi mulier 22. C. ad S. C. Vellejan.* ſtatuit mu-
10 lierem non teneri, ſi intra biennium confirmaverit interceſſionem ſuam; *quia ex conſequentia ſuæ fragilitatis in ſecundam jacturam incidit*, teneri autem, ſi poſt biennium confirmaverit interceſſionem ſuam. Renunciatio eſt confirmatio interceſſionis: itaque niſi poſt biennium renunciet, non tenebitur.

Nec dici poteſt, nos ſupponere mulierem renunciaſſe poſtquam fuit certior facta de Senatuſconſulti auxilio: contrà verò in laudata lege non ſupponi mulierem certiorem factam fuiſſe de Senatuſconſulto, & ideò ei dari
11 biennium, ut poſſit de Senatuſconſulto certior fieri, ibi: *ſi quod ſæpius cogitare potuit, & evitare, non fecit, ſed ultrò firmavit.* Primùm enim id generaliter conſtitutum eſt in omnibus mulieribus: nec diſtinguitur inter eas, quæ ſciebant ſe eſſe munitas auxilio Senatuſconſulti, eaſque, quæ id ignorabant. Neque in ea lege habetur ratio ſcientiæ, vel ignorantiæ, ſed ſolius prolixitatis temporis, ibi: *videtur enim ex hujuſmodi temporis prolixitate, non pro aliena obligatione ſe illigare, ſed pro ſua cauſa aliquid agere.* In his verbis oportet animadvertere, quòd Juſtinianus ex prolixitate temporis non deducit conjecturam ſcientiæ, quæ eſſet multò veroſimilior. Sed confugit ad conjecturam remotiſſimam, & alienam à veriſimilitudine, quòd mulier videatur in rem ſuam ſe obligare; ad quam utique non confugiſſet, ſi ſola ſcientia, & notitia Senatuſconſulti ſufficeret ad obligandam mulierem confirmantem interceſſionem ſuam.

Prætereà mulier poſt biennium confirmans interceſſionem ſuam, ideò tenetur, quia ſæpius potuit de ſua interceſſione cogitare, ac proptereà non labitur in ſecundam jacturam ex conſequentia ſuæ fragilitatis: ſed ultrò firmat, quod potuit evitare: ut in laudata lege monet Juſtinianus. Tam longo tempore potuit ſæpius cogitare, hoc eſt, explorare fidem debitoris, pro quo interceſſit: explorare ejus facultates: accuratè expendere periculum imminens, aliarum exemplo, & adverſis caſibus admoneri, quàm periculoſum ſit pro alio intercedere. Hæc omnia ut ſedulò mulier poſſit expendere, & ſæpius cogitare de ſua interceſſione, tribuit ipſi tam longum temporis ſpatium Juſtinianus. Ergò ſi ante lapſum biennii, quomodòcumque confirmet interceſſionem ſuam, non obligatur, quia non potuit ſæpius cogitare, nec tantùm temporis effluxit, quantùm præſcripſit ad cogitandum Imperator. Multò minùs obligabitur, ſi renunciando confirmet obligationem ſuam in ipſo contractu interceſſionis.

Quæ ſine ullâ dubitatione confirmantur ejuſdem Imperatoris autoritate *in Authent.* 12
Ut immob. ante nupt. donat. cap. 1. §. 1. & 2. ubi comparat mulierem intercedentem mulieri conſentienti alienationi, vel hypothecæ rerum ſubjectarum donationi propter nuptias: & huic indulget idem biennii tempus ad confirmandum conſenſum ſemel præſtitum alienationi, ad exemplum mulieris intercedentis. Rationem concedendi tam longum tempus ad cogitandum, tam mulieri intercedenti, quàm conſentienti alienationi, eam affert: *quia multa primo auditu facilè peccari poſſunt, & facilè mulier ſeduci poteſt: cùm vero in plurimo tempore cogitaverit pro negotio, fiet forſan cautior.* Animadvertendum eſt, hìc agi de mulieribus, quæ ſciebant ſibi competere jus, eique renunciarunt, & tamen non valet renunciatio, niſi eam confirmaverint poſt biennium. Item improbatur in hac Conſtitutione quælibet via, quodlibet artificium, excogitatum, & inſtitutum ad privandam mulierem jure ſuo, adeoque improbatur, tùm renunciatio, tùm omnis promiſſio mulieris, ut nullâ ratione poſſit amittere jus ſuum, niſi poſt elapſum biennium: & hoc exemplo mulieris intercedentis.

His probè conſtitutis non obſtat text. in 13
noſtra *l. ult. §. ſi mulier ff. ad S. C. Vellejan.* Ad hujus legis explicationem operæ pretium eſt animadvertere in ea agi de muliere expromittente, quæ alienam obligationem, li-

Digitized by Google

berato debitore, in ſe tranſtulerat: quo caſu
ita mulieri ſuccurritur, ut in veterem debi-
torem actio reſtituatur *l. 1. §. 1. ff. ad S. C.
Vellejan. l. quamvis §. quoties. cum ſeq. l. ali-
quando. in fin. cum leg. ſeq. l. ſi pro uno 20.
l. debitrix 24. §. ſi pro eo l. quidam 29. ff.
eod. l. ſi mulier 16. C. eod.* De hoc genere
interceſſionis agi in noſtra lege demonſtrant
illa verba, *ut non in veterem debitorem actio*
24 *detur.* Vetus debitor appellatur is, qui à mu-
liere liberatus eſt, in quem, ſubducti ab
obligatione muliere, datur actio reſtitutoria,
hoc eſt, reſtituitur actio, perindè ac ſi mu-
lier eam non liberaſſet. *l. quamvis §. planè
l. ſi mulier 14. ff. ad S. C. Vellejan. l. un. C. de
reputat. quæ fiunt in judic. in integ. reſtitut.*
Ergò mulier tranſtulerat in ſe debitoris cu-
juſdam obligationem. Creditor, cùm intel-
ligeret mulierem tutam eſſe Senatuſconſulto
Vellejano, Prætorem adivit, ut ſibi reſtitue-
ret actionem adverſus veterem debitorem,
quod utique ei negare non poterat *l. 1. ff.
ad S. C. Vellejan. l. un. C. de reputat. quæ
fiunt in jud. reſtit. in integr.* Rem actam
fuiſſe apud Prætorem demonſtrant illa verba:
*debet cavere exceptione ſe non uſuram, & ſic
ad Judicem ire.* Cùm Prætor paratus eſſet
dare reſtitutoriam creditori, mulier interve-
nit impeditura, ne in veterem debitorem
actio daretur, dixitque, ſe pro eo paratam
eſſe judicium accipere. Maluit ipſa ex ſua
interceſſione conveniri, quàm permittere,
ut in veterem debitorem actio reſtitueretur.
Ut autem conveniri poſſet, utiliter cavit
25 Prætori ſe non uſuram exceptione. Poterat
Prætor exceptionem non dare; ſed quia mu-
lier etiam non oppoſitâ exceptione tuta eſt,
etiamſi fuerit condemnata *l. tamen ſi ff. de
Senatuſconſult. Macedon.* idcircò à muliere
exegit, ut caveret exceptione ſe non uſu-
ram.

Ex hâc facti ſerie liquidò conſtat, mulie-
rem illam voluiſſe liberalitatem ſuam exer-
cere ergà debitorem, ne propter ſolutionem
vexaretur. Senatuſconſultum autem ſuccurrit
quidem oneribus mulierum, non tamen im-
pedit, quominùs liberalitatem ſuam exer-
ceant, & liberent aliquem à vexatione cre-
ditoris *l. ſi pro aliquo. §. 1. ff. ad S. C. Velle-
jan.* Non poteſt dubitari, quin hæc mulier
velit pro debitore ſolvere, velit ei donare.
Cur enim prohibet reſtitui actionem adver-
ſus veterem debitorem? Cur ipſa vult con-
veniri, ne ille conveniatur, & cogatur ad
ſolvendum? Cur renunciat exceptioni, ut
efficaciter conveniatur? Non jam eſt incer-
tum, aut remotum periculum, ſed certum,
ac præſens, quod ipſa ſponté ſubire vult,
etiam contra voluntatem creditoris, qui ipſi
ad evadendum viam patefecerat. Donanti
autem, & pro debitore ſolventi mulieri Se-
natuſconſultum non auxiliatur *l. 4. & 5. ff.
ad S. C. Vellejan. l. 4. C. eod.* Saltem eſt ad- 17
modum probabilis præſumptio, quam pro-
bat Juſtinianus, ac deducit ex confirmatione
interceſſionis facta poſt biennium in *l. ſi mu-
lier 22. C. ad S. C. Vellejan.* Videlicèt, quòd
videatur mulier in rem ſuam interceſſiſſe.
Non conſtat in noſtra lege renunciationem
factam fuiſſe poſt lapſum biennii. Sed tamen
multò plura concurrunt, qui conjecturam
hanc facere poſſimus. Etenim mulier renun-
ciat, poſtquam videt adveniſſe tempus ſolu-
tionis, & creditorem exigere velle pecuniam
ſibi debitam. Impedit, ne pecunia exigatur
ab eo, pro quo interceſſit; imò impedit
etiam ne conveniri poſſit. Ipſa conveniri
vult, ne ille conveniatur, & ut efficaciter
conveniri poſſit, renunciat exceptioni. Hæc
certè, aut pro eo vult ſolvere, aut ſcit, ſe
proprium negotium agere, & in rem ſuam
interceſſiſſe. Accedit auctoritas Prætoris,
apud quem cavet exceptione ſe non uſuram,
quæ actus alioquin irritos ſolet confirmare,
præſertim cùm actus à Lege improbatur ob
periculum, quod imminet, ne quis, aut
propter imbecillitatem animi decipiatur,
aut objecti aliquâ ſpe ſeducatur *l. 1. & tot.
tit. ff. de reb. cor. qui ſub tut. l. cùm hi, qui-
bus 8. ff. de tranſact.* Certè hæc mulier non
decipitur: deceptis autem Senatuſconſul-
tum opitulatur *l. 2. §. verba ff. ad S. C.
Vellejan.*

His expoſitis ad reliqua facilis eſt, &
prompta reſponſio. Non decipit mulier, quæ
renunciat; ſed decipitur. Scit quidem ſe non

Digitized by Google

18 teneri: ſed ideò renunciat, ut teneatur, adeoque tantùm abeſt, ut velit decipere creditorem, ut potius renunciet, ne ipſum decipiat. Decipitur autem ipſa renunciando, licèt certior fiat de Senatuſconſulto. Neque enim mulieres decipiuntur ob ignorationem Senatuſconſulti. An non enim factum fuit Senatuſconſultum, ne deciperentur? Ergò ante Senatuſconſ. decipiebantur, & tamen non poterant decipi propter ignorationem Senatuſconſulti, quod nondum factum erat. Decipiuntur igitur, quia ſibi facilè blan-
19 diuntur, & ſpondent de fide debitoris, neque in animum inducere poſſunt, eum permiſſurum ipſas vexari, & ad ſolutionem compelli. Decipiuntur igitur, imò magis circumveniuntur renunciantes, quàm non renunciantes. Nec permittitur renunciatio, in *l. ſi mulier* 22. *C. ad S. C. Vellejan*; aut in *Nov.* 118. *cap.* 5. Nam in *l. ſi mulier* permittitur ſolùm poſt biennium: quâ de re jam latè diximus. *In Nov.* 118. non permittitur, aut approbatur ſolum renunciatio;
20 ſed præcipitur. Præcipitur favore pupillorum, quorum cauſa favorabilior eſt, quàm mulierum *l. ſi apud minorem ff. de minorib. l. ult. C. ſi mater indemnit.* Mulieres non minùs arcentur à tutela, quàm ab interceſſione: utrumque enim virile munus eſt. *l. ult. ff. de tutel. l.* 2. *ff. de Reg. Jur. l.* 1. *ff. ad S. C. Vellejan.* Juſtinianus in favorem pupillorum admiſit ad tutelam matrem, & aviam propter charitatem erga liberos. Ne hic favor in perniciem pupillorum redundaret contra *text. in l. nulla ratio ff. de legibus* neceſſe erat ipſis præcipere, ut renunciarent S. C. ut poſſent pro pupillis obligari.

CAPUT VI.

AD L. IN HIS 5. §. SI DUOS *ff. de ſolut.*

SUMMARIUM.

1 *Debitor poteſt ita ſolvere, ut unum ex fidejuſſoribus liberet.*
2 *Non poteſt tamen liberare quem voluerit.*
3 *Quid requiratur, ut unus tantum liberetur, & 8. & ſeqq.*
4 *Qui non ſolvit nomine unius fidejuſſoris eum ſolum non liberat.*
5 *Debitor partem ſolvens liberat omnes fidejuſſores pro rata.*
6 *Qui ſolvit nomine unius fidejuſſoris, ipſum liberat.*
7 *Poteſt quilibet pro debitore ſolvere etiam ignorante, & invito.*
8 *Uno ex duobus reis ſolvente cæterè liberantur.*
9 *Debitor ſolvens id, quod unus tantum fidejuſſor debet, ipſum liberat.*
10 *Solutio in quam cauſam cedat, & quem liberet.*
11 *Non liberat eum fidejuſſorem, niſi ſolvat id quod ille debet.*
12 *Si fidejuſſor ſit hæres rei principalis, pro ea parte, pro qua eſt hæres, liberatur ab obligatione fidejuſſoria: & quid Juris ſit in pluribus fidejuſſoribus reo ſuccedentibus.*
13 *Naturalis obligatio rei principalis non confunditur cum fidejuſſoria; & qua de cauſa.*
14 *Quid Juris ſit in fidejuſſoribus, qui non tenentur in ſolidum.*
15 *Quo caſu ſolvens tamquam principalis, ſe ipſum liberet etiam ab obligatione fidejuſſoria.*
16 *Fidejuſſoria obligatio per confuſionem non tollit alteram obligationem fidejuſſoriam, & quæ ſit ratio?*

EX facto quæſitum fuit. Qui centum debebat, Cajum, & Mævium fidejuſſores dederat, & decedens utrumque ex æquo hæredem inſtituerat. Cajus à creditore conveniebatur; offerebat quinquaginta, quæ debebat tamquam hæres principalis debitoris; & hâc ſolutione volebat liberari à tota obligatione. Licèt enim deberet alia quinquaginta, tamquam fidejuſſor: tamen cùm principalis ſolvendo poſſit liberare fidejuſſorem quemcumque voluerit, Cajus ſolvens quinquaginta tamquam principalis, declarabat, ſe velle liberare ſe ipſum tamquam fidejuſſorem, auctoritate Ulpiani in *l. in his vero* 5. 1
§. ſi duos ff. de ſolut. Si duos quis dederit fidejuſſores, poteſt ita ſolvere, ut unum liberet. Mirum quantùm ſe torſerint principes noſtræ civitatis Advocati, ut ab hoc laqueo ſe expedirent. Interrogatus à Judice reſpondi, non poſſe Cajum ſolventem quinquaginta liberari à tota obligatione: atque ita judicatum fuit.

Non poteſt debitor, qui ſolvit partem debiti liberare fidejuſſorem, quem voluerit, 2
neque hoc dixit Ulpianus in laudata *l.* 5. §.

ſi duos ff. de ſolut. Eſt enim falſiſſimum, cùm hoc non pendeat ab arbitrio debitoris. Poteſt tamen ita ſolvere, ut unum liberet. Ergò ſi velit unum liberare, debet eo modo ſolvere, quo poſſit ille liberari. Si ſolvat totum id, quod debet, utique omnes fidejuſſores liberantur *l. in omnibus* 43. *ff. de ſolut.* ſi partem debiti ſolvat, omnes pro rata liberantur. Poteſt tamen ita ſolvere, ut unus liberetur, alter maneat obligatus. Sed hoc
3 omninò neceſſarium eſt, ut ſolvat nomine
ejus fidejuſſoris, quem vult liberare: & ſolvat id, quod ille debet.

Primùm igitur neceſſe eſt, ut ſolvat nomine ejus, quem vult liberare. Innuit hoc Julianus in *l. quoties* 37. *ff. de ſolut.* ubi ait, quòd reus liberat unum ex fidejuſſoribus: ſi
4 non ex ſorte decedat id, quod ſolvit, & ſol-
vat nomine ejus fidejuſſoris, cujus debitum ſolvit. Quamobrem ſi ex ſorte decedat id, quod ſolvitur, hoc eſt, ſi ex cauſa proprii debiti ſolvatur à reo principali, non verò nomine fidejuſſoris: non poterit fidejuſſorem illum liberare.

Atque id ratio ſuadet evidenter. Obliga-
5 tio fidejuſſoris eſt quædam acceſſio principa-
lis obligationis §. *fidejuſſores Inſt. tit. de fidejuſſor. l. hi, qui* 34. *ff. eod.* adeòque ſequitur principalem obligationem: & ſicut non poteſt contrahi fidejuſſoris obligatio, niſi ſubſit obligatio principalis, cui applicatur *l. fidejuſſor* 16. *in princ. &* §. *fidejuſſor ff. de fidejuſſ.* ita corruente, & extinctâ principali obligatione corruit, ac tollitur obligatio fidejuſſoris in *l. in omnibus ff. de ſolut.* ſecundùm naturam acceſſionis *l. nihil dolo. in fine. & l. cùm principalis ff. de Reg. Jur.* Si igitur duo, pluresve fidejuſſores eidem obligationi acceſſerint, ſublatâ per ſolutionem principali obligatione, omnes liberentur neceſſe eſt. Et ſi principalis obligatio pro parte ſolvatur, pro rata parte quoque corruat omnium fidejuſſorum obligatio neceſſe eſt: cùm enim omnes illæ obligationes pares ſint, & ejuſdem conditionis, & eidem obligationi innitantur, ſubtracto fundamento, cui inſiſtebant, nulla ratio eſt, cur non omnes ex æquo debeant intercidere. Cujuſcumque obligationis fidejuſſoriæ pars, quæ adhærebat parti illi principalis obligationis, quæ diſſoluta eſt per ſolutionem, amplius ſubſiſtere non poteſt ſublato fulcimento, à quo ſuſtinebatur. Quemadmodum ſi eidem fundamento plures muri ſuperſtruuntur, ſubductâ parte fundamenti corruit pars omnium murorum, quæ parti illi fundamenti erat ſuperædificata.

In propoſita ſpecie, ſi debitor ſolviſſet quinquaginta proprio nomine, extincta fuiſſet ejus obligatio in quinquaginta, nempè pro dimidia parte; & quia huic parti jam extinctæ obligationis adhærebat dimidia pars
obligationis tam Caji, quàm Mævii, utra- 6
que pro dimidia fuiſſet extincta, & tam Cajus, quàm Mævius pro dimidia parte liberati: quapropter ut ſolus Cajus liberetur, neceſſe eſt, ut debitor ſolvat nomine ipſius
Caji; tunc enim Cajus liberatur perindè, 7
ac ſi ipſe ſolviſſet. *l. quoties. in princ. ff. de ſolut.* Poteſt enim quilibet pro alio ſolvere, eumque vel ignorantem, & invitum ab obligatione liberare *l. ſolutione* 23. *l. ſolvere* 53. *l. ſi pro me* 40. *ff. de ſolut. l. ſolvendo ff. de negot. geſt. l. manifeſti C. de ſolut.*

Verum tamen ſi Cajus, & Mævius in ſolidum eſſent obligati, ut ſolent fidejuſſores, debitor ſolvendo quinquaginta nomine Caji, liberaret etiam Mævium in quinquaginta, nam Cajus ſolvendo liberat etiam Mævium *l. amiſſi. in fin. ff. de fidejuſſ.* Nam in duobus reis uno ſolvente cæteri liberantur §. *ex hujuſmodi Inſt. tit. de duobus reis. l.* 2. *& l.* 3. §. 1. *ff. de duobus reis.* Et cùm Cajo partem ſolvente liberetur pro ea parte debitor principalis, pro eadem parte reliqui omnes fidejuſſores liberentur neceſſe eſt, extinctâ principali obligatione.

Non ſufficit igitur debitorem principalem
ſolvere id, quod debet unus ex fidejuſſori- 8
bus, niſi etiam ſolvat ejus nomine. Ut putà, ſi Cajus, & Mævius fidejuſſerint non in ſolidum, ſed ſinguli in quinquaginta; ſolvit quidem id, quod debet Cajus, non tamen liberat ſolum Cajum, niſi ſolvat ejus nomine; ſed uterque, ut diximus, pro rata liberatur.

Digitized by Google

Aliquando tamen ſolvendo id, quod unus debet, eum ſolum liberat, etiamſi ejus nomine non ſolvat. Accidit id cùm ſinguli fidejuſſores diverſas res debent. Reus principalis debebat Stichum, & Pamphilum: de Sticho fidejuſſor eſt Cajus, de Pamphilo
9 Mævius. Si reus principalis Stichum ſolvat, utique ſolum Cajum liberat. Mævium autem liberare non poteſt, cùm non ſolvat id, quod ipſe debet *l. cùm quis* 38. §. *qui hominem l. ſi quis aliam ff. de ſolut. l. ſi cùm aurum ff. eod.* Item ſi debet pecuniam, quam in arca habet, & pecuniam, quam habet in vidulo; & pro pecunia, quam habet in arca, fidejuſſor ſit Cajus, pro alia Mævius. Solvendo pecuniam, quam habet in arca, ſolum Cajum liberat, etiamſi non ſolvat ejus nomine. Idem dicendum de reo, qui
10 ex pluribus cauſis debeat. Nam ſolvens ex una cauſa liberat ſolum fidejuſſorem, qui pro ea cauſa interceſſit: & ſi non declaret, ex qua ſolvat, liberabit fidejuſſorem, qui acceſſit duriori cauſæ, quia in duriorem cauſam ſolutum videtur *l. 1. 2. 3. 4. 5. & ſeq. ff. de ſolut.* ſi pares cauſæ ſint, eum, qui pro antiquiori debito fidejuſſit, quia antiquius in pari cauſa gravius eſt *l. 5. in princ. ff. de ſolut.* & facit ad rem text. *in l. ubi fidejuſſor 24. ff. de ſolution.* in qua licèt agatur de ſolutione factâ à fidejuſſore duorum debitorum, tamen dubitari non poteſt, idem dicendum de ſolutione factâ à debitore ex pluribus cauſis habente plures fidejuſſores, argumento *l. quoties ff. eod.* Quod ſi plures cauſæ, & æque pares ſint, & æque antiquæ, uterque fidejuſſor pro rata liberabitur: ſolutio enim cedit in utramque cauſam pro rata *l. illud 8. ff. de ſolut.* Multò magis igitur uterque fidejuſſor pro rata portione liberabitur, ſi ex unica cauſa debeat, & ſolvat nomine proprio; & non declaret ſe ſolvere nomine fidejuſſoris, ſemper enim pro ſemetipſo ſolvere præſumitur *l. cùm ex pluribus ff. de ſolut.*

Non ſufficit reum ſolvere nomine fide-
11 juſſoris, ut eum liberet ab obligatione. Illud etiam neceſſariò requiritur, ut ſolvat id, quod debet ille fidejuſſor, quem vult liberare: ſi enim aliud ſolvat, etiamſi ſolvat ejus nomine, illum non liberabit: quia nec ſi ipſe fidejuſſor id ſolveret, liberaretur *l. ſi quis aliam, & l. ſi cùm aurum ff. de ſolut.* ſolutione enim ejus, quod debetur, tollitur obligatio. *princ. tit. Inſt. de fidejuſſ.* Itaque ſi debeat Stichum, & Pamphilum, ſolvendo Stichum, non poteſt liberare eum, qui pro Pamphilo fidejuſſit, licet ejus nomine ſolvatur: & hoc eſt Juris explorati.

His expoſitis facilè quivis intelliget, cur Cajus ſolvendo quinquaginta non poſſit à tota obligatione liberari. Cajus, & Mævius fidejuſſores in ſolidum ſuccedunt reo principali, qui debebat centum. Uterque incipit debere quinquaginta tamquam hæres, & 12
reus principalis, & hæc amplius non debet tamquam fidejuſſor, quia per confuſionem tollitur, & extinguitur obligatio fidejuſſoria, quæ abſorbetur à principali *l. generaliter. in princ. ff. de fidejuſſ. l. cùm quis §. ult. & l. ſi duo 93. §. penult. l. Stichum 95. §. quod vulgò ff. de ſolut.* non poteſt enim ea debere ſimul & tamquam principalis, & tamquam fidejuſſor, cùm nemo poſſit eſſe fidejuſſor ſui ipſius *l. hæres 21. §. ſervo tuo ff. de fidejuſſ.* Cajus igitur debet quinquaginta tamquam reus principalis, quia eſt hæres debitoris: & debet alia quinquaginta tamquam fidejuſſor Mævii, in quem tranſlata eſt obligatio debitoris defuncti pro reliqua parte, pro qua ipſe erat fidejuſſor defuncti. Etenim pro hac parte obligationis, quæ in Mævium tranſlata eſt, Cajus manet obligatus tamquam fidejuſſor, cùm pro hâc parte non ſit ſublata per confuſionem obligatio fidejuſſoria. Eâdem ratione Mævius debet quinquaginta, tamquam principalis, cùm ſit hæres defuncti debitoris, pro quibus eſt fidejuſſor Cajus. Debet & alia quinquaginta tamquam fidejuſſor eorum quinquaginta, quæ à Cajo principaliter debentur. Itaque uterque eſt debitor principalis, & fidejuſſor: Cajus eſt fidejuſſor Mævii, & Mævius fidejuſſor Caji. Supponimus autem defunctum 13
fuiſſe verum debitorem, nam ſi naturaliter tantùm fuiſſet obligatus, non tolleretur per confuſionem obligatio fidejuſſoria. *l. hæres.*

§. *ſervo tuo ff. de fidejuſſ.* Quia neque principalis obligatio poteſt perimere fidejuſſoriam, cùm ſit imbecillior, & infirmior *l. Stichum. § quod vulgò ff. de ſolut.* neque fidejuſſoria poteſt perimere principalem, cùm ei accedat, eamque ſequatur. *c. acceſſorium de Reg. Jur. in 6.*

Progrediamur ad ſolutionem Caji. Cajus ſolvit quinquaginta: aut ea ſolvit tamquam principalis, & hæres defuncti, aut ea ſolvit tamquam fidejuſſor; ſi ſolvit ea quinquaginta, quæ debet tamquam principalis, non poteſt liberari in iis quinquaginta, quæ debet tamquam fidejuſſor, quia illa non ſolvit. Summa enim, quam debet tamquam principalis, diverſa eſt à ſumma, quam debet tamquam fidejuſſor: cùm non poſſit eamdem ſummam debere ſimul & tamquam principalis, & tamquam fidejuſſor, ut diximus. Non liberat autem fidejuſſorem, quem vult, qui non ſolvit ſummam ab eo debitam, ut probavimus. Præſertim quia ſi ſolvit tamquam principalis, non ſolvit nomine fidejuſſorio. Itaque ſolvendo quinquaginta, quæ debet nomine hæreditario, & tamquam principalis, liberat Mævium ab obligatione fidejuſſoriâ: quia pro ea ſumma fidejuſſor eſt Mævius. Eamdem enim ſummam, quam debet Cajus, tamquam principalis, debet Mævius tamquam fidejuſſor, eamque ſummam, quam Cajus debet tamquam fidejuſſor, debet Mævius tamquam principalis.

Quòd ſi Cajus ſolvat tamquam fidejuſſor, liberatur quidem ab obligatione fidejuſſoriâ, non verò à principali. A principali enim obligatione liberat Mævium, cùm ſolvat eam ſummam, quam debet Mævius tamquam principalis: *princ. Inſt. tit. quib. mod. tollit. oblig.*

Fingamus jam Cajum, & Mævium non fuiſſe fidejuſſores in ſolidum, ſed utrumque pro æquis partibus, cùm ſuccedat uterque reo pro æquis partibus, pro dimidia parte per confuſionem tollitur obligatio *l. 1. & l.*
14 *pen. C. de hæredit. action.* itaque uterque debet quinquaginta tamquam hæres, hoc eſt, tamquam reus principalis: & alia vigintiquinque tamquam fidejuſſor. In reliquis enim per confuſionem ſublata eſt obligatio. Quamobrem ſi Cajus ſolvat quinquaginta, quæ debet tamquam hæres defuncti debitoris, liberat Mævium pro ſumma eorum vigintiquinque, quæ debet tamquam fidejuſſor. Quod ſi ſolvat 25. quæ debet tamquam fidejuſſor, liberat Mævium in pari ſumma, hoc eſt in dimidio ejus, quod debet tamquam principalis.

Proponamus modò ſpeciem, in qua Cajus ſolvens tamquam principalis, ſe ipſum liberet ab obligatione fidejuſſoriâ. Fingamus, 15
duos reos debendi ſibi invicem in ſolidum eſſe fidejuſſores, & prætereà utrique fidejuſſorem in ſolidum eſſe Cajum. Moritur unus ex duobus reis, eique ſuccedit Cajus ex aſſe. Per confuſionem tollitur obligatio fidejuſſoria, quâ anteà obſtrictus erat pro defuncto, cui ſucceſſit. Manet tamen obſtrictus tribus obligationibus. Prima eſt principalis, quâ tenetur tamquam hæres defuncti. Aliæ duæ ſunt fidejuſſoriæ: altera, quâ & antea tenebatur, & nunc etiam tenetur pro reo ſuperſtite: altera, quæ in eum tranſlata eſt, per hæreditatem, quâ defunctus erat obſtrictus tamquam fidejuſſor correi. Neutra enim ex his duabus obligationibus alteram extinguit, cùm ambæ pares ſint, nec ulla potentior alterâ *l. generaliter ff. de fidejuſſ. l. ſi reus promittendi 13. ff. de duob. reis l. non eſt novum 10. ff. de act. empt.* & nominatim in *l. hæres 21. §. 1. ff. de fidejuſſ.* Si Cajus, 16
qui tribus hiſce obligationibus obſtrictus erat, aliquid ſolvat tamquam debitor principalis, pro parte ſolutâ liberatur, & ab obligatione principali, & ab utraque obligatione fidejuſſoriâ: quia ex qua parte liberatur à principali obligatione, liberat & correum ſuum *l. 2. & 3. §. 1. ff. de duobus reis §. 1. Inſt. tit. eod.* liberato autem correo, cujus ipſe eſt fidejuſſor, neceſſe eſt, ut etiam ipſe liberetur ex cauſa fidejuſſionis *l. in omnibus ff. de ſolution.* & quidem ex utraque cauſa, ex utraque obligatione, cùm harum obligationum ea natura ſit, ut non ſolùm per ſolutionem utraque tollatur, ſed etiam, ut alterâ in judicium deductâ, altera con-

ſumatur *l. generaliter. in fine ff. de fidejuſſ.*

Si quid ſimile acciderit, facillimè poterit definiri, dum illud ſemper teneamus, non eſſe in arbitrio debitoris ſolventis liberare fidejuſſorem, quem voluerit, ſed poſſe ſolummodò liberare eum fidejuſſorem, cujus nomine ſolvit, aut cujus debitum ſolvit, ut initio expoſuimus. Neque in his controverſiis dirimendis poterit quiſquam errare, ſi accuratè expenderit, quæ ſumma ſolvatur, & quæ debeatur à fidejuſſore, qui liberandus eſt.

CAPUT VII.

AD L. MARCELLUS 25. *ff. de fidejuſſ.*

SUMMARIUM.

1 *Proponuntur verba Legis; & quorumdam de ea ſententiæ.*
2 *Fidejuſſor pupilli tenetur: & quare.*
3 *Fidejuſſor prodigi, & furioſi non tenetur: & quare.*
4 *Fidejuſſori non debet eſſe damnoſum officium ſuum.*
5 *Quibus ex cauſis pupillus, furioſus, prodigus obligentur ſine tutoris & curatoris auctoritate.*
6 *Fidejubens pro pupillo, furioſo, & prodigo obligatis poteſt ab eis repetere quod ſolvit: & quâ actione*
7 *Solvente fidejuſſore pupillus, prodigus, & furioſus fiunt locupletiores.*
8 *In hac Lege agitur de reſtitutione in integrum.*
9 Subveniendi *verbum refertur ad reſtitutionem.*
10 *Reſtitutio in integrum non prodeſt fidejuſſoribus.*
11 *Fidejuſſor liberatur quoties habiturus eſſet regreſſum adverſus reum jam liberatum.*

HAnc Legem aggreſſi ſunt ferè omnes magni nominis Interpretes: quam proſpero ſucceſſu, alii judicent. Ego eam ita explicabo, ut nulla poſſit eſſe amplius controverſia apud Viros Doctos, & non refractarios: neque tamen illam aut emendare auſim cum multis, aut ex Jure Civili expungere, quaſi in ea proponatur Marcelli ſententia non tamen probetur, ut alii ſunt
1 arbitrati. Legis verba ſunt hæc. *Marcellus ſcribit: Si quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioſo fidejuſſerit, magis eſſe ut ei non ſubveniatur, quoniam mandati actio non competit.*

Duo occurrunt in hac Lege, quæ homini etiam in Jure Civili exercitato ſcrupulum injicere poſſint. Primùm, quod putaverit Marcellus teneri fidejuſſorem furioſi, &
prodigi. Quod teneatur fidejuſſor pupilli ſine 2
tutoris auctoritate contrahentis in confeſſo eſt, dum ille ſit proximus pubertati *l. ſi pupillus 127. ff. de V. O. l. ſi pupillus 35. ff. de recept. arb.* Et ratio eſt in promptu: quia pupillus pubertati proximus contrahens ſine tutoris auctoritate naturaliter obligatur *l. 1. in fin. ff. de novat. l. cùm illud 25. §. 1. ff. quando dies leg. ced. l. ſi pupillus 21. in princ. ff. ad Leg. Falc. l. ult. in princ. ff. de jurejur. l. Stichum 95. §. additio & §. naturalis ff. de ſolut.* Atqui naturali obligationi accedere poſſe fidejuſſorem non dubitatur *l. fidejuſſor 16. §. fidejuſſor ff. de fidejuſſ. §. in omnibus*
Inſt. eod. Sed ut hoc veriſſimum eſt, ita 3
falſiſſimum eſt, teneri fidejuſſorem prodigi, aut furioſi ſine conſenſu curatoris contrahentium *l. ſi à reo 70. §. ſi à furioſo ff. de fidejuſſ.* Et ne quis putet fortaſsè hâc de re fuiſſe controverſiam inter Veteres Juriſconſultos; idem Ulpianus, qui Auctor eſt Legis, quam explicamus, diſertè monet fidejuſſorem prodigi, & furioſi non teneri, in *l. is cui bonis 6. ff. de Verb. obl.* Et meritò: nam qui nullo modo eſt obligatus, nec naturaliter, nec civiliter, fruſtrà dat fidejuſſorem *l. fidejuſſor 16. in princ. ff. de fidejuſſ.* at prodigus, & furioſus ſine curatore nec naturaliter, nec civiliter obligantur, cùm conſenſu deſtituantur, & ſi quid egerint, nihil egiſſe intelligantur *l. 2. ff. de jur. eod. l. 5. ff. de Reg. Jur. l. ſi à reo §. ſi à furioſo ff. de fid. l. is cui bonis 6. ff. de V. O. l. furioſi 40. ff. de Reg. Jur.*

Secundum eſt, quòd inepta videtur ratio adjecta in Lege noſtrâ, cùm potiùs videatur ſubveniendum fidejuſſori, quoniam mandati actionem non habet, ne ei damnoſum ſit
officium ſuum. *l. ſi ſervus 61. §. quod verò* 4
5. verſ. multò æquius ff. de furt. l. ſed ſi quis 7. ff. teſtam. quem aper. l. cùm quædam 26. C. de admin. tut.

Hæc ſunt, quæ videntur contra rationem Juris ab Ulpiano, & Marcello prodita in *d. l. Marcellus.* Sed re ipſâ ejuſmodi non ſunt, ut videntur. Ac primùm omnium obſervandum eſt, ibi agi de furioſo, & prodigo, pupilloque obligatis ſine auctoritate tutoris: verba Legis ſunt: *Si quis pro pupillo ſive tutoris auctoritate obligato, &c.* Supponuntur igitur pupillus, furioſus, & prodigus obligati: ac propterea mirum non eſt, ſi obligetur, ac teneatur etiam eorum fide-
5 juſſor. Non obligantur quidem pupillus, furioſus, & prodigus contrahendo, niſi tutoris, & curatoris auctoritas interveniat, ſed tamen etiam ſine ullius auctoritate obligantur, quoties ex re actio venit; quoties ſcilicet obligatio non ex conſenſu naſcitur, ſed ex facto aliquo; ut ſi habeant fundum communem cum aliquo; & is aliquid in eum fundum impenderit, certè obligatur pupillus, furioſus, & prodigus ad refundendas impenſas *l. furioſus 46. ff. de oblig. & act.* & quicumque alicujus ex his negotia gerit, eos ſibi obligat, etiam tutore, & curatore ignorantibus *l. 3. §. pupillus. cum ſeq. ff. de negot. geſt.* atque eadem de cauſa ipſi obligantur tutoribus, & curatoribus ſuis, & tenentur actione tutelæ contrariâ *l. 1. §. 1. & 2. ff. de contr. tut. act.* & iis, qui pro tutore, vel curatore negotia geſſerint *l. ult. ff. de eo qui pro tut.* Uno verbo, in obligationibus, quæ ſine conſenſu conſiſtere non poſſunt, hi non tenentur ſine tutoris, & curatoris auctoritate propter judicii imbecillitatem: at verò adſtringuntur obligationibus illis, quæ ſine conſenſu contrahuntur, quia in his nullum obſiſtit impedimentum, quo fiat ut obligari non poſſint. Eum autem, qui fidejuſſit pro pupillo, furioſo, prodigove his modis obligatis, teneri non ambigitur, cùm omni obligationi poſſit accedere fidejuſſor *l. 1. l. græcè 8. §. 1. cum ſeq. ff. de fidejuſſ.*

Atque hæc ſuboluerunt etiam eloquentiſſimo Donello: ſed tamen rem non potuit expedire. Hoc enim conſtituto non ſolùm inepta eſt ratio, quæ adjicitur in noſtra Lege, ſed omninò falſa. Ait enim Marcellus fidejuſſorem teneri, *quia mandati actio non competit.* Atqui ſi fingimus ibi fidejuſſorem interceſſiſſe pro furioſo, & prodigo obligatis, habebit fidejuſſor, ſi non mandati actionem, ſaltem actionem negotiorum geſtorum *l. 3. §. pupillus. cum ſeq. ff. de negot. geſt.* gerit 6
enim eorum negotium utiliter fidejuſſor, cùm pro illis Jure obligatis ſolvit, eoſque liberat ab obligatione *l. ſed videamus 4. ff. de negot. geſt.* neque eò confugere licet, quod fortaſsè illi, pro quibus fidejuſſor ſolverat, locupletiores facti non erant, cùm hoc æſtimandum ſit tempore litis conteſtatæ *l. litis 37. in pr. ff. de neg. geſt.* nam primùm in noſtra Lege generaliter negatur actio fidejuſſori, cùm tamen vix poſſit accidere, ut ex illa ſolutione prodigus, & furioſus non 7
ſint facti locupletiores, cùm liberati ſint ab obligatione. Præterea ſemper illi fiunt locupletiores hoc ipſo, quòd non ſunt facti pauperiores, quia non ſunt coacti ſolvere propter fidejuſſorem, qui ſuſcepit onus ſolutionis *l. in pupillo §. 1. ff. de ſolut.* Quamobrem ſcopulum declinantes in Syrtes impegimus; ſed has etiam prætervecti feliciter enavigabimus.

Animadvertendum igitur eſt, in ea Lege pertractari de pupillo, furioſo, & prodigo Jure obligatis, ut diximus, & in integrum reſtitutis. Nulla in ea Lege mentio eſt reſtitutionis, ſed tamen conjecturâ id facilè aſſequi poſſumus. Primùm enim Lex illa deprompta eſt ex libro undecimo Ulpiani ad 8
Edictum: quo in libro certum eſt Ulpianum pertractaſſe de reſtitutione in integrum, quæ minoribus à Prætore conceditur, ut conſtat ex titulo, *ff. de minoribus*, in quo ſunt undecim, eæque longiſſimæ leges depromptæ ex libro 11. Ulpiani ad Edictum, in quibus de hâc reſtitutione agitur: & in *l. 1. ff. de min.* quæ ex eod. libro deprompta eſt, Ulpiani proponit Edictum Prætoris de reſtitutione, ejuſque explicationem exorditur, quam proſequitur in legibus ſubſequentibus. Ac ſi divinare licet, præponenda erat hæc lex legi *In cauſa 13. ff. de min.* ſed quia in ea idem copioſius explicatur, hoc fragmentum abſciderunt compilatores, & in locum hunc rejecerunt,

cerunt, cùm in illa *l. in cauſa* 13. nihilòminus ſatis explicetur quid Juris ſit de fidejuſſore minoris reſtituti, & in hac de minoribus non pertractatur, quod in eo titulo propoſitum eſt; ſed de pupillo, furioſo, & prodigo.

Præterea obſervanda ſunt verba illa noſtræ legis: *magis eſſe ut ei non ſubveniatur*: quæ ut propria ſunt reſtitutionis; ita minimè conveniunt, ſi generaliter legem accipiamus. *Subvenire* enim alicui dicimur, quoties ille tenetur ipſo Jure, ſed ei aliquod indulgemus auxilium, quo id conſequatur, ut cogi non poſſit ad ſolvendum: quod minimè convenit fidejuſſori obligato, de quo ineptè quis dixerit ei non ſubveniri, cùm nullus ſuppetat modus quo ei ſubveniri poſſit. Sunt autem hæc verba aptiſſima ad indicandam reſtitutionem: ſubveniri enim ei dicitur, cui porrigitur auxilium reſtitutionis, *l. minoribus* 6.
9 *l. ait Prætor* 7. §. *ſed etſi* 2. & §. *ſed etſi* 5. *l. ſi ex cauſa* §. *nunc videndum, cum ſeq. l. verum* §. *quid ſi ff. de min.* & paſſim in eo titulo. Et aptiſſimè idem Ulpian. in *l. in cauſa* 13. *in princ. ff. de min. Non eſt æquum fidejuſſori in necem meam ſubveniri, ſed potius ipſi deneganda erit mandati actio: in ſumma perpendendum erit Prætori, cui potius ſubveniat, utrum creditori, an fidejuſſori: nam minor captus neutri tenebitur.* En eadem ſententia, iiſdemque ferè verbis expreſſa. Et in *l. minor* 51. *ff. de procur. Minor viginti quinque annis defenſor idoneus non eſt: quia & ipſi, & fidejuſſoribus ejus per in integrum reſtitutionem ſuccurritur.* Et in *l. ſi pupillus* 89. *ff. de acquir. vel om. her. Si pupillus hæreditate ſe abſtineat, ſuccurrendum eſt & fidejuſſoribus ab eo datis.* Quamquam hic fortaſsè non agitur de reſtitutione, ut putant Interpretes.

His poſitis, nihil eſt in noſtra lege, quod abhorreat. Finge enim pupillum, furioſum, aut prodigum jure obligatos ſine tutore, aut curatore, quamquam furioſum, & prodigum, etiam cum curatore obligatos ſupponere poſſumus, cùm in noſtra lege contrarium non ſit expreſſum. Ac ſi placet, finge ſpeciem propoſitam in *l. ſi ex cauſa* §. *ſi in commiſſum ff. de min.* aut in *l. 1. C. ſi adverſ. delict.* quæ tamen furioſo convenire non poteſt. Hos autem ita obligatos propone fuiſſe in integrum reſtitutos: quæritur an hæc reſtitutio proſit etiam eorum fidejuſſoribus: ſeu an per reſtitutionem ipſis ſolummodò ſubveniatur, an etiam eorum fidejuſſoribus. Controverſia adeo obſcura, ut in ea nemo non
cæcutiat: ſed & huic nos lucem non modi- 10
cam attulimus. Hac de re ſæpè etiam Veteres quæſivere, ac præſertim Ulpianus tùm in *l. 3. §. ſed utrum. verſ. ſed an hoc*: tùm in *l. in cauſa* 13. *in princ. ff. de min.* Hæc eadem controverſia ab eodem Ulpiano proponitur in hac lege: & ex ſententia Marcelli reſpondet, fidejuſſori non ſubveniri, ſicut reſpondit etiam in *d. l. in cauſa* 13. *in princ. ff. de min.* Addit hanc rationem: *quoniam mandati actio non competit.* Ac merito quidem: quia ſi fidejuſſor haberet actionem mandati
adverſus reſtitutos, neceſſe eſſet ſubvenire 11
etiam fidejuſſori, ne foret inutilis reſtitutio iis, qui fuerant reſtituti, cùm parùm eorum interſit an à principali, an à fidejuſſore conveniantur. Idcirco quoties fidejuſſor habiturus eſt regreſſum adverſus principalem, liberatur etiam fidejuſſor, ne principalis fruſtrà ſit liberatus, *l. ult. in fin. C. de uſur. rei jud. l. quod dictum ff. de pact. l. ſed ſi paterfamilias* §. *non ſolum ff. de S. C. Maced. l. cùm lex.* 46. *ff. de fid. l. 1.* §. *exceptionem in fin. ff. quar. rer. act.* Quamobrem idem Ulpianus etiam in *l. in cauſa* 13. *ff. de min.* monet, fidejuſſorem minoris reſtituti in integrum non habiturum mandati actionem. Quorſum enim reſtitutio, ſi poſſit minor à fidejuſſore conveniri? De his, quæ diximus, credo non dubitabit, qui hanc cum illa lege contulerit, & utramque accuratè perpenderit.

CAPUT VIII.

AD L. SI PUPILLUS 89. *ff. de acquir. vel om. hæred.*

SUMMARIUM.

1 *Reſtitutio conceſſa minori non prodeſt fidejuſſori.*

2 *Minor adiens hæreditatem indiget reſtitutione, ut poſſit abſtinere; ſecus in pupillo.*
3 *Quando reſtitutio minoris proſit fidejuſſori.*
4 *Deficiente cauſâ obligationis debitor non tenetur, & poteſt ſe tueri exceptione doli.*
5 *Reſtitutio adverſus inconſultò aditam hæreditatem prodeſt etiam fidejuſſoribus: & quare?*
6 *Exceptio doli tranſit ad fidejuſſores.*
7 *Minor reſtitutus adverſus aditam hæreditatem nec naturaliter, nec civiliter manet obligatus.*
8 *Explicatur* l. ſi quis pro eo 56. ff. de fidejuſſ.
9 *Ubi naturalis manet obligatio, fidejuſſor non liberatur: ſecus ſi nec civilis, nec naturalis obligatio ſubſiſtat.*
10 *Naturales obligationes nec Prætor tollit, neque Jus Civile: & quare?*

QUoniam incidimus in reſtitutionem in integrum, explicemus duas alias leges, quæ eodem pertinent, Interpretibus noſtris plus nimio moleſtas. Fatentur plerique omnes, reſtitutionem in integrum non prodeſſe fidejuſſori minoris, ita ut licèt minor ipſe per reſtitutionem liberetur, atque eximatur ab obligatione, tamen fidejuſſores ejus ma-
1 neant obligati, ad text. in *l. 1. & 2. C. de fid. min.* cum aliis. Duæ ſunt tamen leges in quibus contrarium videtur affirmari. Prima eſt, quam modo explicamus, *l. ſi pupillus 89. ff. de acquir. vel om. hær.* verba legis hæc ſunt: *Si pupillus ſe hæreditate abſtineat, ſuccurrendum eſt & fidejuſſoribus ab eo datis; ſi ex hæreditario contractu conveniren-tur.* Idem confirmatur totidem ferè verbis in *l. 2. in fin. ff. de adm. & peric. tut. Si ſatisdedit tutor, mox abſtinuit pupillus; fidejuſſoribus quoque ejus debet ſubveniri.*

In his legibus agi putant Interpretes de reſtitutione in integrum, quia agitur de pupillo, qui jam adiit hæreditatem, & ut poſtea ſe abſtineat, in integrum reſtituen-
2 dus eſt. Ego contra ſentio. Animadvertendum eſt, in utraque lege agi de pupillo, non de minore. Hoc autem minor, ac pupillus intereſt; quod minor, ſi ſe immiſcuerit hæreditati, non poteſt ſe ab ea abſtinere, niſi fuerit reſtitutus in integrum: pupillus verò etiam ſine ulla reſtitutione poteſt ſe abſtinere, etiamſi ſe immiſceuerit *l. impuberibus. 11. & l. neceſſariis 57. ff. de acquir. vel om. hered.*

Atque ita facilè eluditur argumentum. Sed hìc non hæreo: quî fit enim, ut pupillo ſe abſtinente ſine reſtitutione potiùs liberetur fidejuſſor, quàm ſi reſtitutionem in integrum impetraverit, eâque impetratâ ſe abſtinuerit? Dico igitur liberari fidejuſſores, etiamſi minor ſe abſtinuerit, cui certè neceſſaria eſt reſtitutio. Ulpianus in *l. denique 4. §. ſed* 3
utrum. verſ. ſed an hoc ff. de min. ait reſtitutionem interdum prodeſſe fidejuſſoribus. Hanc unam eſſe ſpeciem, in qua prodeſt reſtitutio fidejuſſoribus, nullus dubito. Cauſam paucis aperiam. Quotieſcumque quis aliquâ cauſâ adducitur ad promittendum, ſi cauſa illa falſa ſit, aut ex poſt facto evaneſcat, non tenetur. Obligatur quidem ipſo Jure, & conveniri poteſt: ſed fruſtrà convenitur, quia repellere poteſt actorem exceptione doli mali. *l. 1. §. circa ff. de dol.* 4
mal. & met. except. l. Julianus 7. ff. eod. l. ſi quis cùm aliter ff. de verb. obl. Datur hæc exceptio ex æquitate naturali, quia æquum non eſt, ut cogatur ad ſolvendum debitor deficiente cauſâ illâ, ſine qua promiſſurus non fuiſſet *§. 1. Inſt. tit. de except.* Si igitur aliquis putans ſe debere centum Titio, ea centum ipſi promittat per ſtipulationem, licèt ſummo Jure teneatur, & conveniri poſſit, tamen exceptione doli defenditur *d. l. 2. §. circa. verſ. proindè. & l. Julianus 7. ff. de dol. mal. exc.* uno verbo, tenetur civiliter, non naturaliter. Imò perindè eſt, ac ſi nulla eſſet ejus ſtipulatio *l. ſi dari 25. in fin. ff. de V. O.* Et eleganter Paulus in *l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. Qui pecuniam accepturus ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat.* Nimirum quia deeſt cauſa, quâ adductus fuerat ad promittendum.

Veniamus ad rem noſtram. Minor, qui aditâ hæreditate ſpondet creditoribus hæreditariis ſe ſoluturum id, quod ipſis à defuncto debebatur, eiſque dat fidejuſſores, utique ideò promittit, quia putat ſe ipſis debere, quod promittit; videlicet quia 5
adeundo hæreditatem cùm ipſis obligationem contraxit, aut potiùs in defuncti obligationem ſucceſſit. *§. ult. Inſt. per quas perſon.*

cuique acquir. cum ſimilibus. Quando autem minor reſtituitur in integrum (etſi eo tempore quo promiſit juſtam cauſam habuit promittendi) tamen nunc nullam idoneam cauſam habet , cùm hæres non ſit , nec in eum tranſmiſſa ſit obligatio defuncti. Tutus igitur eſſe debet ſaltem exceptione doli mali, ſi conveniatur ex ſua ſtipulatione *l.* 2. §. *circa. verſ. etſi. l. Julianus* 7. *ff. de dol. mal. exc. l.*
6 *qui pecuniam* 30. *ff. de reb. cred.* Atqui exceptio doli mali tranſit etiam ad fidejuſſores, cùm rei , cauſæque cohæreat , non perſonæ. *l. exceptiones* 7. §. 1. *ff. de except.* Et ad rem noſtram accommodatè Julianus in *l. ſi ſtipulatus* 15. *in princ. ff. de fidejuſſ. Si ſtipulatus eſſet à me ſine cauſa , & fidejuſſorem dediſſem ; fidejuſſori etiam invito me exceptio dari debet.* Creditores hæreditarii ſtipulati ſunt à minore ſine cauſa , quia per reſtitutionem factum eſt , ut ipſe non ſit hæres , nec illi ſint ejus creditores. Igitur omninò danda eſt exceptio fidejuſſoribus. Idcircò in legibus , quas explicamus , ſtatuitur ſuccurrendum , ac ſubveniendum eſſe etiam fidejuſſoribus.

Sed progrediar etiam longiùs. Dixi eum , qui falſâ cauſâ adducitur ad promittendum , teneri ſummo Jure , teneri civiliter ; non teneri naturaliter. Minor igitur , cùm per reſtitutionem evaneſcat cauſa promiſſionis , naturaliter non eſt obligatus. Dico prætereà,
7 nec civiliter quidem obligatum eſſe. Reſtitutio enim reſcindit ipſam ſtipulationem , unde oriri poſſet illa obligatio merè civilis , illa obligatio inutilis , & quaſi nulla : nam reſtitutione fieri ſolet irritus actus , unde minor læditur *l. quod ſi* §. 1. & §. *reſtitutio. l. non omnia ff. de minor.* vel ſaltem inutilem prorſus efficit eam ipſam obligationem merè civilem , quia actionem denegat *l. patri* §. *ſi pecuniam ff. de minor.* Cùm igitur minor nec naturaliter , nec civiliter amplius teneatur , fidejuſſores liberentur neceſſe eſt. *l. in omnibus ff. de ſolut.* Utar exemplo ad id , quod dicimus , confirmandum accommodato , quod mihi ſuppeditat Paulus in *l. ſi quis*
8 *pro eo* 56. *in princ. ff. de fidejuſſ.* Species ejus legis hæc eſt , ut ego arbitror. Quidam , cùm putaret ſe libertum eſſe , juravit ſe præſtiturum operas ei , quem patronum ſuum credebat , eique dedit fidejuſſores : non tenentur fidejuſſores dati ; ratio eſt in promptu. Non poſſunt fidejuſſores obligari , niſi principalis aut civiliter , aut naturaliter ſaltem ſit obligatus. *l. fidejuſſor* 16. § *fidejuſſor. ff. de fidejuſſ.* In hac ſpecie principalis non eſt obligatus civiliter , quia juramentum civiliter , & efficaciter obligat ſolos libertos libertatis cauſâ jurantes *l. ut jurisjurandi. in princ. ff. de oper. libert.* Non eſt obligatus naturaliter , quia promiſit , quod putabat ſe libertum eſſe , non promiſſurus , ſi ſciviſſet ſe libertum non eſſe : ac propterea cùm errore lapſus ſit , naturaliter æquum non eſt eum obſtringi §. 1. *Inſt. tit. de except.* Quo fit , ut fidejuſſores ab eo fruſtrà dati ſint. Eadem ratio in re , qua de agimus. Minor non tenetur naturaliter , quia promiſſurus non erat , ſi ſciviſſet ſe nihil debere creditoribus defuncti , ſe hæredem non eſſe. Non tenetur civiliter , quia obligatio etiam civilis irrita facta eſt per reſtitutionem in integrum. Eo igitur omninò liberato , liberantur etiam fidejuſſores *l. in omnibus ff. de ſolut.*

Atque hic animadvertendum eſt , cur in hac ſpecie fidejuſſores liberentur , non verò in aliis. Nimirum hic minor ita contraxit , ut contrahendo non obligaretur naturaliter : quamobrem infirmatâ civili obligatione per reſtitutionem , nulla ſupereſt obligatio principalis , cui inniti poſſit , atque adhærere 9
obligatio fidejuſſoris. At verò cùm minor contrahendo naturaliter obligatur , per reſtitutionem non liberantur fidejuſſores : quia minor manet obligatus naturaliter ; & quando principalis naturaliter obligatus manet , fidejuſſores non liberantur *l. ubicumque ff. de fidejuſſ.* Quod eo fit , quia tùm naturalis obligatio , tùm quicquid à Jure Naturali 10
promanat , mutari non poteſt , aut tolli à Prætore , vel Jure Civili *l. eas obligationes ff. de cap. min. l.* 2. §. 1. *ff. de uſufr. ear. rer. l. ubi pugnantia* 188. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* §. *pen. Inſt. tit. de Jur. Nat. Gent. & Civ. Inſt. tit. de legit. agn. tut. in fin.* naſcitur enim obligatio naturalis ex fide , quam minor præſtitit. *l. cùm amplius* §. 1. *ff. de Reg. Jur.*

Digitized by Google

nec efficere poteſt Prætor, ut ſit infectum, quod factum eſt *l. in bello l. facti ff. de captiv.* aut non conveniſſe de eo, quod convenerit.

CAPUT IX.

AD L. MINOR 51. *ff. de Procurat.*

SUMMARIUM.

1 *Proponitur alius caſus, in quo reſtitutio prodeſt fidejuſſoribus minoris.*
2 *Alienæ litis nemo eſt idoneus defenſor ſine ſatiſdatione.*
3 *Minor non eſt idoneus defenſor: & quare?*
4 *In omni judicio tres perſonæ ſunt neceſſariæ, Actor, Reus, & Judex.*
5 *Subducto reo judicium corruit.*
6 *Infirmato judicio corruit ſatiſdatio judicialis.*
7 *Satiſdatio judicatum ſolvi quid contineat.*
8 *Cur liberentur fidejuſſores defenſore in integrum reſtituto.*
9 *Reſciſſâ causâ ſatiſdationis reſcinditur ipſa ſatiſdatio, & fidejuſſores liberantur.*
10 *Multò magis reſciſſo judicio reſcinditur ſatiſdatio judicialis.*
11 *Satiſdatio judicialis erronea, nulla eſt.*
12 *Exceptio, quæ competit capite minutis, non extenditur ad fidejuſſores, niſi in ſatiſdatione judiciali.*
13 *Lite mortuâ, non tenentur fidejuſſores judicatum ſolvi.*
14 *Mutatâ conditione rei conventi fidejuſſores ejus liberantur.*
15 *Judicio in dominum translato, liberantur fidejuſſores dati à defenſore.*
16 *Petens reſtitutionem non impugnat, nec committit ſtipulationem de rato.*
17 *Reprehenditur eorum ſententia, qui putant liberari fidejuſſorem, quoties principalis mutat qualitatem.*

JAm verò ad aliam legem, ſuperiori propè ſimilem explicandam aggrediamur. Ulpianus in *l. minor 51. in princ. ff. de Procur.* diſertè affirmat reſtitutionem in integrum prodeſſe etiam fidejuſſori, his verbis. *Minor viginti quinque annis, ſi defenſor exiſtat, ex quibus cauſis in integrum reſtitui poſſit, defenſor idoneus non eſt: quia & ipſi, & fidejuſſoribus ejus per in integrum reſtitutionem ſuccurritur.* Dubitandum non eſt, hùc etiam
1 pertinere id, quod indicatur in *l. 3. §. ſed utrum. verſ. ſed an hoc ff. de min.* reſtitutionem interdum prodeſſe fidejuſſoribus: cùm utraque lex ſit ejuſdem Ulpiani. Cur autem proſit in ſpecie hujus legis, non in aliis, explicandum eſt.

Primum omnium obſervandum eſt, in hac lege agi de minore, qui volebat reum in judicio defendere. Nemo autem alienæ litis idoneus defenſor eſt ſine ſatiſdatione
l. qui proprio §. qui alium ff. de proc. l. ſi ad 2
defendendum 10. ff. de jud. ſolvi. l. un. in fin. C. de ſatiſd. §. ſi verò & §. ult. Inſtit. eod. non poteſt igitur ad defenſionem minor admitti ſine ſatiſdatione: atqui minor fruſtrà 3
ſatiſdat, cùm poſſit in integrum reſtitui, ac non ſolùm ipſe, ſed etiam fidejuſſores in ſatiſdatione adhibiti liberari *d. l. minor.* Quo fit ut idoneus defenſor non ſit.

Sed hoc ipſum quæritur cur fidejuſſores liberentur. Meo quidem judicio ita ſe res
habet. In omni judicio tres perſonæ concur- 4
rant neceſſe eſt: Actor, Reus, & Judex *l. ea quæ C. commin. & ep. l. ult. C. quomodo, & quando jud.* Ac ſi deſit aut Judex, aut Actor, aut Reus, nullum eſt judicium: eſt enim omne judicium de re controverſa, cui Judex ſententiâ ſuâ finem debet imponere *l. 1. ff. de re jud.* non poteſt autem ulla eſſe controverſia niſi inter duos, quorum alter dicat, alter neget. Qui dicit, actor eſt; qui negat reus; qui finem controverſiæ imponit, Judex. Veniamus ad rem noſtram. Minor qui alium in judicio defendit, rei vicem gerit: rei perſonam ſuſtinet *l. minor. §. 1. ff de*
proc. l. Titius 76. ff. eod. per reſtitutionem 5
ſubtrahitur minor à judicio: confeſtim evertitur judicium, atque infirmatur, ſubtracto reo, ſine quo judicium non poteſt conſiſtere. Infirmato judicio fit irrita omnis ſatiſdatio,
quæ propter judicium fuerat interpoſita, defi- 6
ciente ſcilicet causâ cui ſatiſdatio innitebatur. Quid enim promittit defenſor, ejuſque fidejuſſores? promittunt judicatum ſolvi. Hæc ſtipulatio tres clauſulas in unum collatas habet: de re judicata, de re defendenda,
& de dolo malo. *l. judicatum 6. ff. jud. ſolvi.* 7
Atqui non poſſunt teneri ex prima clauſula ad ſolvendum judicatum: quid enim ſol-

vant, ſi nulla eſt res judicata; nullum ju-
dicium? non tenentur ex ſecunda clauſula
ad defendendum, & propter rem non defen-
ſam, quia indefenſa non eſt res, de qua
8 Prætor judicium accipere non cogit *l. vir
bonus* 18. *ff. jud. ſolvi*: Eſt autem ipſe Præ-
tor, qui reſtituit in integrum, *l.* 1. *ff. de
minor.* & reſtituendo, non ſolùm non cogit,
ſed etiam vetat judicium à minore accipi.
Denique non poſſunt teneri de dolo ex tertia
clauſula, cùm nullus dolus intervenerit, &
minor Jure permittente à judicio ſit exem-
ptus, & bonus vir non arbitretur rem inde-
fenſam eſſe *d. l. vir bonus* 18. *ff. jud. ſol.* non
poteſt igitur committi ſtipulatio judicatum
ſolvi.

Sed explicemus hæc uberiùs, & ſi fieri po-
teſt, etiam planiùs. Quoties reſcinditur cau-
ſa, propter quam fuerat interpoſita ſatiſda-
tio, infirmatur quoque ipſa ſatiſdatio, &
9 liberantur fidejuſſores. Exemplum nobis ſup-
peditat Paulus in *l.* 3. *ff. de reſcind. vend.*
Celebrata erat venditio, & propter vendi-
tionem interpoſita ſatiſdatio. Contrahentes à
venditione receſſerunt contrario conſenſu:
reſpondit Paulus fidejuſſores liberatos eſſe.
Obtinet hoc in contractibus, multò magis
in judiciis, in quibus ſola mutatio perſonæ
ſatiſdationem irritam reddit. Exemplis hæc
10 illuſtrabo. Qui injuriarum acturus erat, mor-
tuus eſt: eo mortuo finitur judicium, quia
actio injuriarum ad hæredes non tranſit. *§.
non autem Inſt. tit. de perpet. & temp. act.*
cùm igitur nullum ſit judicium, nulla cauſa,
cui acceſſit ſatiſdatio, licèt hæc ſtipulatio
ſuâ naturâ ad hæredem tranſeat, tamen in
hac cauſa fit irrita, & fidejuſſores liberan-
tur, reſciſsâ causâ, cui innitebatur ſatiſda-
tio *l. ſi eum. §. qui injuriarum ff. ſi quis caut.
in jud. ſiſt.* Rurſus, ſi quis cùm non tenere-
tur ſatiſdare, per errorem ſatiſdederit, fide-
juſſoribus danda eſt exceptio *l.* 4. *§. item
quæritur ff. eod.* Rurſus, ſi quis his perſonis,
quæ agere non potuerunt fidejuſſorem dede-
11 rit, fruſtrà erit datio *l. fidejuſſor* 2. *§.* 1. *ff.
qui ſatiſd. cog.* cur fruſtrà datur fidejuſſor ei,
qui agere non poteſt? nimirum quia judi-
cium ipſum eſt irritum, cùm deſit in judicio
idonea perſona actoris. Sic fruſtrà datus eſt
fidejuſſor à minore defenſore, ſi poſteà reſ-
tituatur, cùm deſit idonea perſona rei. Quo 12
fit, ut licèt exceptiones, quæ competunt
capite minutis, non extendantur ad fidejuſ-
ſores, argum. text. in *l. defenſiones* 11. *C. de
except.* tamen in ſatiſdatione judiciali con-
trarium ſit conſtitutum *l.* 4. *in princ. ff. ſi
quis caution.*

Etiam propiùs ad rem accedamus. Paulus
in *l.* 2. *ff. judic. ſolvi. Cùm lite mortuâ nulla
res ſit, ideò conſtat fidejuſſores ex ſtipulatu ju-
dicatum ſolvi non teneri.* Nihil clarius. Quo- 13
ties lis eſt mortua, quoties judicium eſt nul-
lum, ut fit, cùm à judicio ſubducitur reus
per reſtitutionem, non tenentur fidejuſſores.
Etiam amplius. Non ſolùm ſi à judicio ſub-
trahatur perſona rei, fidejuſſores liberan-
tur, ſed etiamſi mutetur conditio perſonæ, 14
licèt eadem judicium proſequatur; tamen
fidejuſſores liberantur. Veluti ſi quis defen-
dens abſentem ſine ejus mandato, ſatiſdede-
rit; & poſteà mandato ejus procurator ſit
factus, aut ei hæres extiterit: quia non eſt
eadem cauſa perſonæ, fidejuſſores non tenen-
tur *l. ſi ante acceptum* 7. *ff. eod.* Hoc eò ma-
gis dicendum in ſpecie, quâ de agimus, in
qua non ſolùm mutarur conditio, & cauſa 15
minoris per reſtitutionem, ſed etiam minor
omninò eximitur à judicio, & judicium am-
plius non proſequitur, ac proindè judicium
in dominum, quem defendebat, transferen-
dum eſt: judicio autem in dominum tranſ-
lato, non tenentur fidejuſſores, quos defen-
ſor dedit *l.* 1. *in fin. ff. quib. mod. pig. vel
hyp. ſolv.* Præſertim cùm minore petente reſ-
titutionem, non ſolùm non committatur ſti-
pulatio judicatum ſolvi, ſed nec ipſa quidem
ſtipulatio de rato, quia petendo reſtitutio- 16
nem non videtur impugnare ſtipulationem
l. 3. *in princ. ff. rem rat. hab.* confugit enim
ad auxilium commune, ſibique à Jure tribu-
tum, ac propterea deficit conditio ſtipula-
tionis *d. l.* 3. *§. falſus ff. rem rat. hab.*

Hoc tantùm moneo, falſum videri, quod
plerique Docti Viri reſpondent: quòd fide- 17
juſſor, qui intercedit pro minore certæ per-
ſonæ qualitatem induente, liberatur per reſ-

A a iij

titutionem, quia fidejubendo videtur id egiſſe, ut ne teneretur, ſi minor eam qualitatem deponeret, quam reverà deponit cùm reſtituitur. Nam, ut omittam cætera, ex *d. l. ſi ante acceptum. in princ. ff. jud. ſolvi*, conſtat eum fidejuſſorem, qui interceſſit pro procuratore, teneri, etiamſi ille deſinat eſſe procurator, domino mandatum revocante. Nec liberatur fidejuſſor, etiamſi principalis deponat qualitatem procuratoris.

CAPUT X.

AD L. IN OMNIBUS 43. *ff. de ſolution.*

SUMMARIUM.

1 *Reſtitutione in integrum minor liberatur ab obligatione: & quare?*
2 *Liberato reo principali ſemper liberatur fidejuſſor.*
3 *Quando non liberetur.*
4 *Reſtitutio vim actionis obtinet, non exceptionis: luculenter probatur.*
5 *Reſtitutio, quæ datur creditori adverſus veterem debitorem à muliere liberatum, dicitur actio reſtitutoria, aut reſciſſoria.*
6 *Explicatur* l. quod ſi minor ff. de minor.
7 *Perſecutiones actionis inſtar obtinent.*
8 *Exceptiones omnes, præter perſonales, tranſeunt ad fidejuſſores.*
9 *Si reus eximatur ab obligatione, fidejuſſor non liberatur.*
10 *Non poteſt ſubſiſtere obligatio, ſi reus ab obligatione eximatur: & quare?*
11 *Non poteſt eſſe ſervitus ſine re, vel perſonâ, quæ ſerviat.*
12 *Quando poſſit exempto debitore ſubſiſtere obligatio.*
13 *Fidejuſſor debitoris hæreditarii non liberatur reſtitutâ hæreditate.*
14 *Fidejuſſor non liberatur per deportationem debitoris.*
15 *Item non liberatur cùm altero exempto alter ex duobus reis manet obligatus.*
16 *Explicatur* l. Uranius 71. ff. de fidejuſſ.
17 *Affertur ratio cur reſtitutio non proſit fidejuſſoribus.*
18 *Fidejuſſor non liberatur, quoties reus omninò non liberatur. Minor per reſtitutionem non liberatur à naturali obligatione.*
19 *Naturalis obligatio nititur æquitate: item & in integrum reſtitutio.*
20 *Naturalis æquitas non eodem modo ſemper æſtimatur.*
21 *Præter defenſionem, & tutelam minorum ſuſcepit.*
22 *Jus Civile impedit effectus naturalis obligationis quoad perſonam pupilli, non quoad acceſſiones.*
23 *Mulier intercedendo naturaliter obligatur.*
24 *Pro ea fidejuſſor obligatur, licèt ejus obligatio improbetur S. C. Vellejano.*
25 *Minor reſtituitur etiamſi ſit Decurio, aut Conſiliarius.*
Item quamvis geſſerit actum cum conſenſu curatoris, & auctoritate Judicis.
26 *In reſtitutione ſpectatur factum læſionis, non peritia, aut diligentia in actu gerendo.*

ANtequàm aliò divertam adhuc pauca ſubjiciam de reſtitutione in integrum. Hactenùs refutavimus, & infirmavimus duo argumenta, quibus probari videtur reſtitutionem in integrum prodeſſe fidejuſſoribus. Supereſt tertium, idque graviſſimum, atque firmiſſimum. Reſtitutione in integrum libe- 1
ratur minor ab obligatione, ſed liberato reo principali ſemper liberatur fidejuſſor. Ergò reſtitutione in integrum minoris liberatur fidejuſſor. Quòd reſtitutione in integrum liberetur minor ab obligatione, dubitandum non eſt; nam reſtitutione in integrum reſcinditur, & fit irritus actus ille, quo minor fuit obligatus *l. quòd ſi §. 1. & § reſtitutio l. non omnia ff. de minor. l. 1. C. ſi adverſ. tranſ.* & reſtituitur minor in eum ſtatum, in quo erat antequàm obligaretur *l. 2. C. in quibus cauſ. in integr. reſt. neceſſ. non eſt.* Illud quoque certiſſimum eſt, quòd liberato minore, hoc eſt, reo principali, liberatur etiam fidejuſſor 2
l. in omnibus 43. ff. de ſolut. Verba legis hæc ſunt: *In omnibus ſpeciebus liberationum, etiam acceſſiones liberantur, putà adpromiſſores, hypothecæ, pignora.* Omnes ſpecies liberationum comprehendit Ulpianus: quod ta- 3
men intelligendum non eſt de liberationibus, quæ contingunt ope exceptionis: nam in his fidejuſſor non liberatur, ſi exceptio perſonalis ſit *l. exceptiones 7. ff. de exception. l. ſi reus 12. ff. judic. ſolvi §. ult. Inſt. tit. de replicat. l. etſi 24. ff. de re judic.* In aliis autem liberationibus una tantùm cauſa eſt, in qua liberato reo principali, fidejuſſor non liberatur: videlicèt cùm ipſius fidejuſſoris culpâ perpetua fit obligatio, nempè cùm ipſe rem debitam corrumpit, & interimit *l. mora 88. in fin. ff. de verb. obl.*

Digitized by Google

Neque dici poteſt reſtitutionem in integrum liberare minorem ope exceptionis, & ideò hanc liberationem non pertinere ad eas, de quibus agitur in *d. l. in omnibus ff. de ſolution.* nam reſtitutio in integrum non excep-
4 tionis, ſed actionis inſtar obtinet. Paulus *lib. 1. Recept. Sent. Tit. de in integr. reſtit.* eam definit, *redintegrandæ rei, vel cauſæ actionem.* Actio appellatur ab Ulpiano in *l. non ſolùm §. eſt & caſus ff. de procurat. & in l. etiamſi 29. §. ult. ff. de minor.* ibi: *ad agendum evocato.* Et omnia obtinet, quæ ſunt propria actionum: agit enim minor læſus: agit eum eo, ad quem res amiſſa pervenit: agit de re amiſſa, ut reſcindatur actus *l. in cauſæ 13. §. 1 ff. de minor. l. 1. C. ſi adverſ. dot.* poteſt agere per procuratorem, qui debet ſatiſdare de rato, niſi habeat ſpeciale mandatum: poteſt reus per alium ſe defendere, & defenſor ſatiſdare debet judicatum ſolvi *l. illud 25. §. ult. cum l. ſeq. ff. de minor.* tranſit ad hæredes, ſicut cæteræ actiones *l. non ſolùm 6. ff. de in integr. reſtit. l. 3. §. Pomponius l. minor 18 §. ult. ff. de minor. l. Stichum 95. §. quod vulgò ff. de ſolution.* Denique ſicut actiones cedi poſſunt *l. hâc in factum 14. ff. quæ in fraud. credit.* ſic cedi poteſt reſtitutio in integrum *l. quod ſi minor. 24. ff. de minor. l. alterius 20. §. 1. in fin. ff. tutelæ & ration. diſtr.* Eſt igitur reſtitutio quædam ſpecies actionis reſciſſoriæ, quâ reſcinditur actus à minore geſtus *l. 1. § 1. ff. ex quibus cauſ. major. in integr. reſtit.* ſicut reſtitutio, quæ datur creditori, ut ei reſtituatur actio adverſus debitorem mulieris intereeſſione liberatum, ſemper dicitur actio reſtitu-
5 toria *l. quamvis §. Marcellus & §. ſi mulier. cum ſeq & l. aliquando § ult. ff. ad S. C. Vellejan. l. 3. §. 1. ff. de eo per quem fact. erit.* ſeu actio reſciſſoria *l. ſi paternam 8. C. ad S. C. Vellejan.* Nec contrarium eſt, quod
6 traditur in *l. quod ſi minor 24. ff. de minor. ex hoc edicto nulla propria actio, vel cautio proficiſcitur, totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione.* Nam ideò non dicitur propria actio, quia Prætor non dat Judicem, ſicut in aliis actionibus, ſed ipſe de cauſa cognoſcit, ſicut cognoſcit de ſalariis, & honorariis Profeſſorum *l. 1. C. mand. l. 1. ff. de extraord. cognit.* de tranſactione alimentorum *l. cùm hi, quibus 8. §. ſi Prætor. 17. cum ſeq. ff. de tranſact.* de fideicommiſſis *l. pecuniæ 178. ff. de verb. ſig.* Hæ omnes etſi propriè ſint extraordinariæ perſecutiones, quia ad cognitionem Prætoriam pertinent, & propriè appellentur perſecutiones, tamen actionis inſtar obtinent, & generali actionis appellatione continentur *d. l. pecuniæ §. actionis ff. de V. S. l. actionis 37. ff. de oblig. & action.*

Neque illud eſt omittendum, quòd ſi reſtitutio eſſet exceptio, eò magis fidejuſſoribus prodeſſe deberet. Etenim etſi exceptiones perſonales non proſint fidejuſſoribus, reales certè proſunt, omneſque aliæ præter perſonales *l. exceptiones 7. ff. de exception. l. ex* 8
perſona 32. ff. de fidejuſſ. At reſtitutio non eſſet exceptio perſonalis, nam exceptiones perſonales ad hæredes non tranſeunt *l. maritum. cum ſeq. ff. ſolut. matrim.* Reſtitutio autem tranſit ad hæredes, ut diximus.

Itaque ad argumentum reſpondent Viri eruditiſſimi; quod licèt reſtitutione in integrum minor liberetur, tamen ejus obligatio non extinguitur, quia minor eximitur ab obligatione, manente ipſâ obligatione, ut accidit in *l. ult. ff. de duob. reis, & in l. Uranius 71. ff. de fidejuſſ.* Quoties reus ita liberatur, ut ejus quoque obligatio intereat, utique liberantur etiam fidejuſſores, quia ſublatâ principali obligatione, ſubſiſtere non poteſt acceſſoria *d. l. in omnibus ff. de ſolut.* 9
At verò quoties reus principalis eximitur ab obligatione, & adhuc durat ejus obligatio, non liberantur fidejuſſores, quia horum obligatio adhæret obligationi principali, quæ adhuc ſubſiſtit, licèt exemptus ſit, atque ſubductus reus principalis *d. l. ult. & d. l. Uranius ff. de fidejuſſ.*

Dicam quod ſentio, fatebor tarditatem meam. Non intelligo, quî fieri poſſit, ut eximatur debitor ab obligatione, & ſubſiſtat ejus obligatio. Neque enim poteſt eſſe obligatio, ubi nulla eſt perſona, quæ ſit obligata *l. quoties 14. in fin. ff. de nov t.* Annon obligationum ſubſtantia in eo conſiſtit, ut

aliquem nobis obſtringat ad dandum, vel
10 faciendum? *l. obligationum ſubſtantia in princ. ff. de oblig. & action.* Ergò ſi nemo ſit obſtrictus deficiet ſubſtantia obligationis, ac proptereà etiam ipſa obligatio. Annon obligatio eſt Juris vinculum, quo neceſſitate quis adſtringitur? *princ. tit. Inſt. de oblig.* poteſtne fieri, ut ſuperſit vinculum, quo quis adſtrictus ſit, ſi ille non ſit adſtrictus? at hæc ſunt aïentia, & negantia. Quid? quod, ut Philoſophi omnes docent, non poteſt eſſe
11 qualitas ſine ſubjecto, cui inhæreat. An poteſt eſſe ſervitus, niſi ſit aliqua res, vel perſona quæ ſerviat, cuique ſervitus inhæreat, atque affixa ſit? minimè verò. ſublato corpore neceſſe eſt tolli Jus, quod ipſi inhærebat *l. 2. ff. de uſufr. l. 3. C. eod. l. 8. §. 3. ff. de liber. leg. §. 3. Inſtit. tit. de ſervitut.* An poteſt eſſe dominium alicujus rei, niſi ſit aliquis ejus dominus? Ne hoc quidem. Igitur nec obligatio poteſt ſubſiſtere, niſi aliquis ſit obligatus.

Neque confirmat eorum ſententiam *d. l. ult. ff. de duob. reis.* Neque enim ignoro aliquandò eximi debitorem ab obligatione, licèt obligatio ipſa non intereat: ſed id ſolum-
12 modò poteſt evenire quando exempto, ſubductoque debitore, alia ſubeſt perſona, cui poſſit cohærere, atque inniti obligatio. Accidit id duabus in cauſis. Prima eſt, quando alius debitor ſuccedit, & ſubſtituitur in locum debitoris exempti. Exempla ſunt hæc. Hæres fidejuſſorem accepit à debitore hæreditario, poſteà reſtituit hæreditatem fideicommiſſario: eximitur ab obligatione hæ-
13 res, ſed quia in ejus locum ſubſtituitur fideicommiſſarius, idcircò non perit ejus obligatio, nec fidejuſſores liberantur *l. hæres 21. in princ. ff. de fidejuſſ.* Alterum ſit hujuſmo-
14 di. Debitor principalis deportatus eſt, ejuſque bona fiſcus occupavit. Deportatus eximitur ab obligatione *l. 2. & 3. ff. de ſent. paſſ. l. ſervus 30. ff. de oblig. & action. l. tutelas 7. §. ult. ff. de capit. minut.* Sed tamen non extinguitur ejus obligatio, nec fidejuſſores liberantur *l. 1. & l. ſententia 20. C. de fidejuſſ.* quia in ejus locum ſubrogatur fiſcus, qui ſucceſſoris loco habetur, ejuſque obligationibus obſtringitur. *l. 2. C. ad leg. Jul. de vi publ. l. ſi ut proponis. 5. C. de bon. proſcript. l. ſi ad nuptias 5. C. de ſentent. paſſ. l. ſi marito 31. in princ. ff. ſolut. matrim. l. 2. C. eod. l. ſi tutor. 9. §. ſed etſi fuerit ff. de tutel. & ration. diſtr. l. 2. § ult. ff. de alim legat. l. in facto 60. in fin. ff. de condit. & dem.*

Secunda cauſa eſt, quando plures ſunt debitores ejuſdem rei: tunc enim unus ex illis ab obligatione eximi poteſt non extinctâ ipſâ obligatione, manet enim alter obligatus, & ideò ſubeſt perſona, cui inhærere poſſit obligatio: quemadmodum accidit in adducta *l. ult. ff. de duob. reis.* Ibi duo erant 15
rei: ſi alter ex his deportetur; non extinguitur obligatio, quia ſubſiſtit in altero reo, & ſolus eximitur atque ſubducitur ab obligatione deportatus. Quapropter obligatus eſt etiam fidejuſſor, non quidem pro deportato *l. ſi debitori 47. in princ. ff. de fidejuſſ.* ſed pro altero reo, qui manet obligatus, & in quo ſubſiſtit priſtina obligatio, eſt enim duorum reorum una tantum obligatio *l. in duobus 3. in fin. ff. de duobus reis.*

At verò in caſu noſtro, in quo unus dumtaxat eſt reus, non poteſt ipſe eximi ab obligatione, quin ipſa obligatio extinguatur: neque enim ſupereſt ulla perſona, cui poſſit inhærere. Et hanc differentiam indicat Paulus in *l. Uranius 71. ff. de fidejuſſ.* ubi ait, 16
quòd ſi unus ſit debitor principalis, eique ſuccedat creditor, non eſt dubitandum tolli obligationem principalem, & cum eâ etiam fidejuſſoriam: at verò quando duo ſunt debitores, & creditor uni ſuccedit, eximitur ab obligatione ejus perſona, & ſubſiſtit obligatio in altero reo, & ideò nec fidejuſſor liberatur. Perperàm igitur ex *d. l. ult. ff. de duob. reis* deducitur argumentum, quia ibi duo ſunt rei, cùm in caſu noſtro ſit unus. His animadverſis facilè poſſet definiri, quandonam confuſio debitorem eximat ab obligatione, quando ipſum liberet ſolutionis poteſtate, in quâ quæſtione mirum in modum ſe torquent Interpretes noſtri. Sed de hâc fortaſsè aliàs opportuniùs: ad argumentum propoſitum revertamur. Puto veriſſimum eſſe quod quidam exiſtimarunt, reſtitutio- 17
nem

Digitized by Google

nem in integrum non prodeſſe fidejuſſoribus,
quia non omninò liberat minorem ab obli-
gatione. Quoties reus principalis aliquo mo-
do manet obligatus, vel ſolùm naturaliter,
18 non liberatur fidejuſſor *l. ubicumque* 60. *ff.*
de fidejuſſ. nam etiam ab initio naturali obli-
gationi poteſt accedere fidejuſſor. *l. ſtipula-*
tus 6. *in fin. & ſeq. ff. eod. tit.* igitur fidejuſ-
ſor etiam poſt reſtitutionem minoris manet
obligatus, quia minor per reſtitutionem non
liberatur ab obligatione naturali. Reſtitutio-
nem enim concedit Prætor, qui naturales
obligationes tollere non poteſt *l. eas obliga-*
tiones 8. *ff. de capit. min.* cùm Naturalia Ju-
ra mutari, ſubvertique non poſſint §. *pen.*
Inſt. tit. de Jure Nat. Gent. & Civil. Inſt. tit.
de legit. agnat. tut. in fin. l. ubi pugnantia
188. §. 1. *de Reg. Jur. l.* 1. §. 1. *ff. de uſufr.*
ear. rer. & cùm naturalis obligatio naſcatur
ex fide, quam præſtitit minor in contrahen-
do, *l. cùm amplius* §. 1. *ff. de Reg. Jur.* non
poteſt Prætor efficere, ut præſtita non ſit fi-
des, quæ verè præſtita eſt *l. in bello* §. *facti*
ff. de capt. & poſtlim.

Sed videntur hæc omnia facilè convelli
poſſe hoc argumento. Naturalis obligatio
19 æquitate nititur *l. Stichum* 95. §. *naturalis*
ff. de ſolution. ſed reſtitutio à Prætore conce-
ditur ex æquitate *l.* 1. *in princ. ff. de minor.*
l. Divus Antoninus 7. *ff. de in integr. reſtit.*
ergò vinculum, quo minor obſtringitur,
caret naturali æquitate, ac proindè etiam
naturali obligatione. Neque enim naturalis
æquitas contraria poteſt ſuadere, & ut ſit
obligatus, & ut non ſit obligatus.

Ad hoc reſpondetur, quòd etſi una ſit,
atque eadem naturalis æquitas, tamen non
ſemper eodem modo æſtimatur, & ideò
aliud, atque aliud poteſt ſuadere. Aliquan-
do æquitas æſtimatur ad merum Jus Gen-
tium; interdum cum præceptis Civilibus,
& Prætoriis, neque idem ſuadet hoc vel illo
modo æſtimata: ut optimè ad rem noſtram
20 notat Tryphoninus in *l. bona fides ff. depo-*
ſit. ſi naturalem æquitatem æſtimemus ad Jus
Gentium, utique minor eſt naturaliter obli-
gatus, cùm fidem dederit intelligens id,
quod agit, neque ab adverſario deceptus ſit
l. cùm amplius §. 1. *ff. de Reg. Jur. l.* 1. *ff. de*
pact. l. 1. *ff. de conſtit. pecun.* ſi verò natura-
lem æquitatem æſtimemus cum præceptis Ci-
vilibus, & Prætoriis, ſuadet reſtitutionem
in integrum, cùm & Jus Civile, & multò
magis Prætor tutelam minorum ſuſceperit,
& miſereatur eorum imbecillitatis, quæ
multis captionibus eſt obnoxia. *d. l.* 1. *in*
princ. ff. de minor. Sed hoc non impedit,
quominus minor naturaliter maneat obliga- 21
tus: nam æquitas illa accommodata Regu-
lis Civilibus, ac Prætoriis, hoc ſolum ſua-
det, ut Prætor opem ferat læſis, quorum
tutelam ſuſcepit, ut eos à damno eximat, &
reddat immunes, quod efficitur reſtitutione
in integrum, etiamſi minor maneat natura-
liter obligatus, cùm hæc obligatio ipſi non
noceat. Cùm autem Prætor tutelam mino-
rum ſuſceperit, non fidejuſſorum: idcircò
de eorum fidejuſſoribus non curat, dummo-
do non noceat ipſis minoribus. Non multò
diſſimilis eſt ratio pupillorum. Pupillus pu-
bertati proximus, hoc eſt, doli capax, con-
trahendo ſine tutoris auctoritate naturaliter
obligatur *l. hoc jure* 19. §. *ſi quis ſervo ff. de*
donat. l. ſi pupillus 21. *in princ. ff. ad Leg.*
Falc. l. ſi ejus 64. *in princ. ff. ad S. C. Tre-*
bell. l. cùm illud 25. §. 1. *ff. quan. dies legat.*
ced. l. ult. in princ. verſ. nam ſi ff. de jurejur.
l. Stichum 95. §. *aditio ff. de ſolut.* Verùm
quia Jure Civili conſtitutum eſt, ne pupillus
ſine tutoris auctoritate conditionem ſuam fa-
cere poſſit deteriorem *princ. tit. Inſt. de auct.* 22
tutor. idcircò Jus Civile impedit omnes effec-
tus hujus obligationis, qui afficerent perſo-
nam ipſius pupilli, eique nocerent, cujuſ-
modi ſunt retentio, & compenſatio. Quo
factum eſt, ut cùm hæc obligatio perſonam
pupilli non afficiat, & quoad eam ſit pror-
ſus inutilis, aliquando dicatur pupillus nec
naturaliter quidem obligatus *l. quod pupillus*
41. *ff. de condict. indeb. l. pupillus ff. de*
obligat. & action. non impedit tamen Jus Ci-
vile quominus hæc obligatio noceat acceſſio-
nibus, noceat fidejuſſoribus *l. Stichum* 95.
§. *aditio ff. de ſolution. l.* 1. *in fin ff. de no-*
vat. l. ſi pupillus 127. *ff. de verb. obl.* Qua-
propter pupillo ab omni periculo ſubtracto

fidejuſſor ejus rectè obligatur *d. l. ſi pupillus.*
ſic Prætori ſatis fuit per reſtitutionem in integrum à periculo damnoque obligationis ſubtrahere minorem, cujus tutelam ſuſceperat: cæterùm de fidejuſſoribus ejus non curat *l. in cauſa* 13. *verſ. in ſumma ff. de minorib.* & ideò obligatio naturalis minoris etſi vires ſuas non exerat contra perſonam minoris impediente Prætore; exerit tamen contra ejus fideſſores, & acceſſiones.

Hæc omnia confirmamus exemplo mulieris. Mulieribus intercedentibus ſubvenit S. C.
Vellejanum eadem de cauſa, quâ Prætor ſub-
23 venit minoribus, hoc eſt propter earum im-
becillitatem, quia multis caſibus ſuppoſitæ ſunt *l.* 2. §. *verba ff. ad S. C. Vell. junctâ l.* 1. *in princ. ff. de minor.* & eadem æquitate ſuadente *d. l.* 2. §. 1. ibi, *& ejus generis obligationibus obſtringi non ſit æquum.* Atqui certum eſt mulierem intercedendo naturaliter obligari, nam & novat obligationem *l.* 1. §. *ult. l. ſi mulier* 14. *& l. ult.* §. *pen. ff. eod.*
& pro ea fidejuſſores obligantur, licet eorum
24 quoque obligatio improbetur *l. ſi mulier* 16.
§ *ult. ff. eod.* Igitur ſi naturalis æquitas, quâ mulieris obligatio improbatur, non impedit quin mulier naturaliter obligetur: nec impedire debet quin obligati ſint naturaliter minores, licet naturali æquitate reſtituantur.

Et ſane cùm minor reſtituatur, etiamſi in rebus gerendis ſit navus, & induſtrius, etiamſi ſit Decurio, ſit Conſiliarius *l.* 2. *C. de in integr. reſt. min. l.* 1. *C. qui & adverſ. quos*: etiamſi ad confirmandum ejus actum acceſſerit curatorum conſenſus, decretum
25 Judicis, Magiſtratûs auctoritas *l.* 1. *&* 4. *C. ſi adverſ. rem jud. l.* 2. *C. de fidejuſſ. min. l.* 1. *& toto tit. C. ſi tut. vel curat. l. ult. C. de fil. fam. min.* quis poſſit dubitare minorem tam expertum, ex actu tanto conſilio, tanta auctoritate geſto naturaliter obligari? An dicemus hunc non intellexiſſe id, quod ageret? Itaque in hac reſtitutione conſtat potius
26 factum læſionis ſpectari, quam facti rationem, & diligentiam, & experientiam minoris *l.* 1. *C. qui & adverſ. quos l.* 1. §. *apparet. cum ſeq. ff. de minor.*

CAPUT XI.

AD L. DEBITOR. 59. IN PRINC. *ff. ad S. C. Trebell. & l. cùm quis* 38. §. *ult. ff. de ſolution.*

SUMMARIUM.

1 *Quando confuſione tollatur obligatio.*
2 *Debitoris & creditoris; item debitoris, & fidejuſſoris perſona diſtincta eſſe debent.*
3 *Quando confuſio habeat vim ſolutionis: aut ſolum eximat ab obligatione debitorem, & nn ſeqq.*
4 *Explicatur* l. hæres 21. in fine ff. de fidejuſſ.
5 *Cùm unus tantum eſt debitor, confuſio habet vim ſolutionis.*
6 *Confuſio non habet vim ſolutionis ex æquitate, ſed ex quadam neceſſitate.*
7 *Confuſio tollit obligationem etiam quoad pignus.*
8 *In omnibus ſpeciebus liberationum pignus tollitur, ſive ipſo Jure, ſive ope exceptionis debitor liberetur.*
9 *Pignus manet obligatum quando ſupereſt naturalis obligatio.*
10 *Cùm creditor causâ cecidit plus petendo, vel lapſu temporis actione ſubmotus eſt, pignus non liberatur.*
11 *Confuſione tollitur etiam naturalis obligatio.*
12 *Qui cogitur adire, totam reſtituit hæreditatem.*
13 *Semel hæres ſemper hæres.*
14 *Quando remaneat obligatio naturalis non obſtante confuſione.*
15 *Subtilitate Juris tollitur confuſione obligatio fidejuſſoria.*
16 *Prætor dat ſeparationem bonorum fidejuſſoris non obſtante confuſione.*
17 *Obligatio pignoris trahitur de caſu ad caſum: explicatur exemplis.*

OStendimus ſuprà quando debitor eximi poſſit ab obligatione, non ſublatâ ipſâ obligatione. Ea quæ ibi diximus, lucem præferre poſſunt obſcuræ quæſtioni de confuſione obligationum. Confuſione tollitur obligatio, cùm duæ perſonæ, quas in obligatione diſtinctas eſſe oportet, in unam 1
coëunt per ſucceſſionem. Itaque cùm debitor, & creditor diſtincti eſſe debeant, nec poſſit quiſquam ſui ipſius debitor, aut creditor eſſe *l. ſi ei cui. in princ. ff. de evict. l. cum filiofam.* 11. *verſ. ipſi verò ff. de legat.* 1. ſi per ſucceſſionem concurrat in eamdem per-

Digitized by Google

ſonam utriuſque perſona, confuſione tolletur obligatio *l. ſicut* 75. *l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de ſolut.* & alibi paſſim. Item cùm diſtinctæ eſſe debeant perſonæ debitoris ac fidejuſſoris, ac nemo pro ſe ipſo fidejuſſor eſſe poſſit *l. heres* 21. §. *ſervo tuo. in fin. ff. de fidejuſſ.*
2 ideò ſi per ſucceſſionem hæ duæ perſonæ in unam coëant, tollitur obligatio fidejuſſoria, quoties plenior eſt obligatio principalis *l. ſi duo* 93. *in fin. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de ſolution. l. debitori* 50. *in fin. ff. de fidejuſſ. l. heres* 21. §. *ſervo tuo ff. de fidejuſſ.*

Quæritur autem quandonam hæc confuſio ſolutionis habeat poteſtatem. Aliquando enim
3 hæc confuſio debitorem eximit ab obligatione, aliquando ſolutionis poteſtate tollit omnem obligationem. Equidem ſic exiſtimo: confuſione eximi debitorem ab obligatione, neque enim alia de cauſa tollitur obligatio, niſi quia deficit perſona debitoris, cùm idem homo, & creditoris, & debitoris perſonam gerere non poſſit, & ſui ipſius eſſe debitor. Quia verò exempto debitore aliquando permanet obligatio, aliquando verò omninò extinguitur: primo caſu manente obligatione ſolùm reus eximitur, atque ſubtrahitur, nec habet poteſtatem ſolutionis confuſio; ſecundo caſu poteſtatem ſolutionis habet, quia tollitur omnis obligatio, ſicut tollitur ſolutione. *princ. tit. Inſt. quib. mod. toll. oblig.* Itaque quod habeat, vel non habeat vim, & poteſtatem ſolutionis ex eo pendet, num potuerit eximi reus manente obligatione, vel non potuerit. Et hoc indicat *J. C. in l.*
4 *heres.* 21. *in fin. ff. de fidejuſſ.* ubi ait, quod cùm poſt confuſionem factam inter creditorem, & fidejuſſorem maneat debitor principalis obligatus, non poteſt dici ſolutionis poteſtate ſublatam obligationem. Poteſt autem, ut ſuprà diximus, quoties plures ſunt debitores ejuſdem rei. Quando verò unus eſt tantummodo debitor, eo exempto neceſſe eſt tolli totam obligationem, quia nulla ſupereſt perſona, in qua conſiſtere poſſit obligatio. Quo fit, ut ſi plures ſint debitores ejuſdem rei, confuſio non habeat vim ſolutionis, quia uno exempto cæteri manent obligati. Ac propterea ſi duo ſint rei debendi, & creditor uni ex illis ſuccedat, eximitur ille reus ab obligatione, non ſolutionis poteſtate tollitur obligatio *l. Uranius* 71. *verſ. ſed cum duo rei ff. de fidejuſſ.* Item ſi fidejuſſor debitori hæres exſtat, confuſio non habet vim ſolutionis, manet enim obligatus tamquam principalis *l. ſi duo* 93. *in fin. ff. de ſolut.* cum aliis, quas ſuprà adduximus. Imò ſi duo erant debitores, manet etiam obligatus tamquam fidejuſſor alterius, cui non ſucceſſit *l. heres* §. *cùm tu ff. de fidejuſſ.* Denique ſi fidejuſſor creditori ſuccedat, eximitur ab obligatione fidejuſſor, ſed reus principalis manet obligatus *l. Uranius* 71. *verſ. quòd ſi creditor. l. heres* 21. §. *quòd ſi, & §. ult. ff. de fidejuſſor.* his igitur in cauſis non habet poteſtatem ſolutionis confuſio, quia plures erant debitores ejuſdem rei, & poteſt unus ita eximi, ut non extinguatur omnis omninò obligatio. Atque idem dicendum, quando alius in locum exempti debitoris poteſt ſubrogari. Nam, ut ſuprà diximus, etiamſi unus ſit debitor, poteſt tamen eximi ab obligatione, ſi alius in ejus locum ſubſtituatur, ac ſubrogetur, in quo conſiſtere poſſit obligatio, ut accidit in *l.* 2. §. *cùm quis, & in l. ſi hereditatem ff. de hæred. vel act. vend. & in l. quod bonis* §. *quod avus ff. ad Leg. Falcid.*

At verò quando unus tantummodo debitor eſt, cùm eo deficiente, nemo ſuperſit, in cujus perſona ſubſiſtat obligatio, utique ea funditus tollitur, quemadmodum tollitur ſolutione, aut compenſatione, ut in 5
l. qua dotis 33. *ff. ſolut. matrim. in l. debitori,* 50. *ff. de fidejuſſ. l. ſicut* 75. *ff. de ſolut. l. ſi id quod* 21. §. 1. *ff. de liberat. legat.* Et ita nos monet Paulus in *l. Uranius ff. de fidejuſſ.* ubi ait, quod ſi unus tantum ſit debitor, eique ſucceſſerit creditor jure ſolutionis, tollitur obligatio, ſecus autem ſi duo fuerint debitores. Nec obſtat, quod jure ſolutionis tollatur etiamſi interceſſerint fidejuſſores, ac mandatores, & proindè plures ſint debitores ejuſdem pecuniæ *l. Uranius & l. heres* 21. §. *quod ſi, & l. ſi Stichum* 38. *ff. eod. tit.* Nam facilè reſpondetur, quod licet plures ſint debitores, tamen cùm non poſſit

Digitized by Google

eximi debitor principalis, quin liberentur etiam fidejuſſores *l. in omnibus ff. de ſolution.* perindè eſt, ac ſi unus eſſet debitor, quia hoc exempto ab obligatione neceſſe eſt, ut tota extinguatur obligatio, ac proindè ſolutionis vim obtinet exemptio, atque confuſio. Unde noſtra ſententia potius confirmatur. Ex
6 his conſtat confuſionem habere vim ſolutionis non ex æquitate, ſed quadam neceſſitate: quia cùm unus eſt debitor, eo ſubtracto, neceſſe eſt omninò tolli obligationem: quemadmodum tollitur ſolutione.

His præmiſſis examinemus oportet, quod putant Viri doctiſſimi, confuſionem vim ſolutionis non habere quoad pignus, cùm per confuſionem principalis obligationis pig-
7 nus non liberetur, ſicut liberatur fidejuſſor. *l. debitor. 59. in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. cùm quis 38. ff. de ſolut.* quia pignoris cauſa continet hanc conditionem, ut non liberetur, niſi pecunia ſoluta ſit, aut alio modo ſatisfactum creditori *l. grege 13. §. etiam ff. de pignor.* facit text. *in l. ex ſextante. pen. in fin. ff. de except. rei judic.*

Ego verò numquam adduci potui, ut crederem, extinctâ penitùs principali obligatione durare obligationem pignoris, cùm contrarium nominatim traditum ſit in *l. in omnibus 43. ff. de ſolut.* & hac in re comparetur pignus fidejuſſori *d. l. in omnibus.*
8 Præterea certum eſt omnibus ſpeciebus liberationum pignus extingui, ſive ipſo jure liberetur debitor, ſive ope exceptionis. Non dico de ſolutione, & compenſatione, de quibus nemo poteſt dubitare: ſed & novatione pignora tolluntur *l. novatione 18. ff. de novation. l. ſolutum 11. §. ſi quaſi ff. de pign. act.* item acceptilatione *d. l. ſolutum.* pacto de non petendo *l. ſi tibi §. de pignore ff. de pact. l. 5. §. 1. ff. de pign.* jurejurando, & re judicata *l. ſi deferente. in princ. & in fin. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* licèt in pleriſque cauſis nulla ſit ſatisfactio creditoris. Denique, ſi poſſet pignus ſine ulla principali obligatione ſubſiſtere, cur tam ſollicitè quæreret de naturali obligatione Paulus in *l. debitor 59. ff. ad S. C. Trebell.* Aliis argumentis hæc ſententia perſpicuè poſſet demonſtrari, ſed non eſt hic locus opportunus.

Veniamus ad *d. l. debitor 59. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Dico pignoris obligationem in eâ lege non tolli, quia ſupereſt naturalis 9
obligatio, cui adhæret: ut oſtendit J. C. illis verbis *remanet ergò propter pignus naturalis obligatio.* quæ modò explicabimus. Idem oſtendit J. C. exemplo illo, *quemadmodùm cùm amiſſa eſt actio propter exceptionem*: quo caſu dubitandum non eſt ſupereſſe naturalem obligationem; hæc enim verba referri non poſſunt ad eum, qui tutus ſit aliquâ ex illis exceptionibus, quas ſuprà numeravimus, hic enim tutus eſt eâdem exceptione etiam quoad pignus, ut diximus. Referuntur igi- 10
tur ad eum, qui plus petendo cauſa cecidit *§. ſi quis 33. Inſt. tit. de action.* quo caſu pignus perſeverat. *l. ſervum 27. ff. de pign.* aut qui tempore actionem amiſit *l. qui occidit 30. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.* Quò referenda etiam fortaſsè eſt *l. 2. C. de luit. pign.* nam & in hac agitur de actione ſubmota, quod accidit, quoties quis deſinit eſſe obligatus civiliter, manet tamen obligatus naturaliter, tunc enim verè ſubmovetur actio, non tollitur penitus obligatio. Cùm igitur illis caſibus debitor ſubtilitate Juris liberatus maneat obligatus naturaliter, etiam in caſu *d. l. debitor*, manebit naturaliter obligatus, cùm caſus hic dicatur eſſe ſimilis illis. Adde quòd in *d. l.* ſolutum repeti non poteſt, quod certiſſimum eſt argumentum naturalis obligationis *l. naturales 10. ff. de oblig. & act. l. quia naturalis ff. ad S. C. Maced. l. ſi non ſortem 26. §. libertus l. ſi quod 64. ff. de condict. indeb.* Cùm igitur hæres maneat naturaliter obligatus, pignus debet perſeverare *l. quæſitum 14. §. 1. ff. de pignor.*

Non extinguitur autem naturalis obligatio in *d. l. debitor*, quia licèt confuſione ſoleat extingui etiam obligatio naturalis, ut probari poteſt ex *l. frater à fratre 38. ff. de* 11
condict. indeb. & ex l. hæres 21. §. quòd ſi ff. de fidejuſſ. tamen in *d. l.* non extinguitur, quia coactus hæres adiit hæreditatem; ac proindè ſtatim totam reſtituere cogitur *l. 4.* 12
l. nam quod 14. §. qui compulſus l. ita tamen

27. §. *qui ſuſpectam*, & §. *ſi præceptis l. ſi patroni* 55. §. *quid ergò ff. ad SC. Trebell.* Non eſt autem æquum, ut amittat jus ſuum, qui hæreditatem accepit invitus, ut ſtatim reſtitueret: neque enim videtur capere, qui cogitur alii reſtituere *l. non videtur capere ff. de Reg. Jur.* obligatio autem naturalis ſolâ
13 æquitate nititur *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut.* Et licèt, qui ſemel fuit hæres, ſit ſemper hæres §. *reſtituta* 3. *Inſtit. tit. de fideic. hæred. l. ei qui* 88. *in fin. ff. de hæred. inſtit.* tamen hoc inductum eſt ratione Juris Civilis, quæ naturalem non tollit obligationem.

Obſervanda autem ſunt illa verba Juriſconſulti: *remanet ergò propter pignus naturalis obligatio.* Nam licèt hæc obligatio naturalis in quibuſdam cauſis à Jure Civili non conſideretur, & ſit inutilis; tamen quoad
14 cauſam pignoris remanet, & utilis eſt: cùm pignus nitatur æquitate prætoriâ, à qua actionem obtinet §. *item Serviana Inſtit. tit. de action.* & paſſim. Prætor autem ſubtilitatem Juris inſuper habet, & ſolam æquitatem ſpectat. Exemplis afferendis ſuperſedemus, ſunt enim trita ac pervulgata: unum tamen omittere non poſſum. Prætor ex æquitate concedit creditoribus ſeparationem bonorum. *l. 1. ff. de ſeparat.* ſi debitor fidejuſſori ſuo hæres exiſtat, confunditur obligatio, & fidejuſſoria tollitur à principali, ut initio diximus. Sed hoc fit ſubtilitate Juris, quod major minorem tollat, *l. 3. in princ ff. de*
15 *ſeparat.* Neque enim naturaliter repugnat eumdem teneri, & principali, & fidejuſſoriâ obligatione *l. hæres* 21. §. *ſervo tuo ff. de fidejuſſ. l. Stichum* 95 §. *aditio ff. de ſolution.*
16 Igitur cùm ſolâ Juris Civilis ratione ſit conſtitutum *d. l.* 3. manet naturalis obligatio fidejuſſoria, quæ etſi à Jure Civili non conſideretur, & pro nulla habeatur, tamen conſideratur à Prætore, qui ſolam æquitatem intuetur, & dat ſeparationem bonorum fidejuſſoris, quemadmodum, ſi non eſſet ſublata fidejuſſoris obligatio *d. l. 3. in princ.* Non aliter in caſu noſtro manet naturalis obligatio propter pignus, quia obligationem naturalem Prætor tuetur dando actionem hypothecariam, quæ obligatio alioquin à Jure Civili nihili penderetur.

Supereſt text. *in l. cùm quis* 38. §. *ult. ff.* 17
de ſolut. Obſervandum eſt quod licet fidejuſſoris obligatio, quæ ſtricti Juris eſt, non trahatur, ut aïunt, de caſu ad caſum, trahitur tamen obligatio pignoris. Itaque quoties pignus acceſſit alicui obligationi, quæ contracta ſit alterius obligationis gratiâ, pignus tenetur etiam pro hac obligatione, licet huic non acceſſerit. Elegantiſſimum exemplum proponitur in *l. ult. ff. in quib. cauſ. pign. tac. contrah.* Aliud exemplum eſt in *l. ſolutum* 11. §. *ſolutam. verſ. planè ff. de pign. action.* ubi invecta & illata à ſecundo conductore tenentur pignori etiam pro obligatione primi conductoris, quatenus tamen ſecundus conductor conduxit. Conſtat autem ibi teneri etiam pro obligatione primi conductoris, quia perperam dubitaret, & conjecturis probaret Juriſconſultus non teneri in univerſam penſionem, ſi tenerentur ſolùm pro conductione ſecundi conductoris, qui ſolùm partem conduxit. Simile eſt exemplum, quod proponitur in *d. l. cùm quis* 38. §. *ult. ff. de ſolut.* Etenim cùm, & obligatio fidejuſſoria, & obligatio pignoris à fidejuſſore conſtituti contractæ ſint contemplatione principalis obligationis, & ad eam magis, ac magis confirmandam, licet pignus non acceſſerit obligationi principali, ſed fidejuſſoriæ, tamen ſublatâ obligatione fidejuſſoriâ ex ſola Juris ſubtilitate, tenetur pro obligatione principali.

Poſſet etiam reſponderi eodem modo, quo ad ſuperiorem legem. Nam cùm inter hos confundatur obligatio ſolâ ratione Juris Civilis *l. 3 ff. de ſeparat.* remanet naturalis obligatio, quæ licet nihili fiat à Jure Civili, conſideratur tamen à Prætore in pignore, ut diximus.

Digitized by Google

CAPUT XII.

AD L. 1. ff. QUI POTIOR. IN *pign. & l. 2. C. de luit. pign. & alias.*

SUMMARIUM.

1 *Pignoris obligatio non naſcitur ſine prin.ipalis obligatione : latè probatur.*
2 *Hypotheca liberorum in bonis patris incipit à die ſuſcep:a adminiſtrationis : & quare nn. ſeqq.*
3 *R:feruntur varia ſententia , & refelluntur.*
4 *Uni:a eſt patris adminiſtrantis obligatio : eaque ab initio.*
5 *Cujuſmodi ſit hac obligatio.*
6 *Futura & conditionali obligationi rectè pignus accedit , & quare ?*
7 *Similia exempla afferuntur.*
8 *Pignus pro dote reſtituenda tenetur etiam ante numerationem , & quare ?*
9 *Pignoris obligatio retrotrahitur ſimul cum principali obligatione.*
10 *Conditio quando retrotrahatur , vel non?*
11 *Differt dos ab aliis contractibus quoad retrahendam conditionem numerationis.*
12 *Mulieris intereſt dotem marito numerari.*
13 *In legatis conditio non retrotrahitur.*
14 *Heres ſatiſdat in legatis conditionalibus.*
15 *Si legatum corruat , evaneſcit ſatiſdatio , & ipſum ſequitur , & quomodò.*
16 *Simul cedit dies legati , & ſatiſdationis ; & quando id accidat.*
17 *Explicatur* l. 2. C. de luit pignor. *& nn. ſeqq.*
18 *Pignoris cauſa eſt individua.*
19 *Pignus durat ſubmotâ actione perſonali , non extinctâ obligatione.*
20 *Submotâ actione per lapſum temporis durat pignus , & quare ?*
21 *Imo poteſt etiam de novo conſtitui.*
22 *Explicatur* l. ſolutum §. ſolutam ff. de pign. act.
23 *Invecta à ſecundo conductore tenentur pro obligatione primi conductoris , & quare ?*
24 *Explicatur* l. ſi rem 9. §. 1. ff. de pign. act.
26 *An , & cur pignus poſſit dari pro iis , quæ praſtantur officio Judicis. Explicatur id variis exemplis.*
28 *An cedi poſſit hypotheca ſine principali obligatione.*

DIximus aliàs neque obligationem fidejuſſoris , neque obligationem pignoris ſuſtineri poſſe , ſublatâ penitus , & extinctâ principali obligatione. Sicut enim ruunt ædificia , ſubductis fundamentis , & vites decidunt , ſubtractis pedamentis ; ita corruunt hæ obligationes , ſublatâ principali obligatione , cui innitebantur. Sunt hæ obligationes hederæ ſimiles : principalem obligationem ſequuntur ; ipſi tenaciter hærent ; eâ fulciuntur ; eâ ſubductâ confeſtim intercidunt. *l. cum principalis ff. de R. J.* Quo fit, ut nec poſſint contrahi ſine principali obligatione , à qua ſuſtineantur. Fruſtrà igitur pignus contrahitur , ſi nulla ſubſit principalis obligatio , cui innitatur. Itaque ſi ſpe 1
futuræ numerationis , cautionem emiſero , & pignus dedero ; pignus non obligatur , ſi poſtea numeratio pecuniæ non intervenerit *l. 1. & 2. C. ſi pign. convent. num. pecun.* Si pater ab hærede pignus accepit ex cauſa legati conditionalis filio relicti ; pignus non tenetur , ſi conditio legati exiſtat , poſtquam filius à patria poteſtate liberatus eſt *l. ſi legati 28. ff. de pign.* quia pignus patri datum eſt , cui nulla principalis obligatio per filium acquiritur , qui non eſt ſub patria poteſtate eo tempore , quo conditio exiſtit , hoc eſt , quo naſcitur obligatio : nam in legatis conditio non retrotrahitur , ſed ſpectatur tempus exiſtentis conditionis , quo tempore dies legati cedit. *l. ſi poſt diem 5. §. ult. l. ſi uſusfructus 14. §. ult. ff. quando dies leg. ced.* ſecus eſſet in contractibus , argum text. in *l. potior §. 1. ff. qui potior. in pignor.* quia obligatio ex contractu patri acquiritur , etiamſi conditio exiſtat eo tempore , quo filius liberatus eſt à patria poteſtate , *l. ſi filiusfam. 78. ff. de V. O. l. quæ legata 18. in fin. ff. de Reg. Jur.* quia in contractibus ſpectatur tempus contractûs , non exiſtentis conditionis *l. non omne 144. ff. de R. J.* Item ſi quis promiſerit ſe daturum mihi , aut Titio , nihil agit dando pignus Titio , cui non eſt obligatus *l. ſed etſi §. 1. ff. de conſt. pecun. l. eum , qui ita 56. §. qui ſibi ff. de V. O.* Quamobrem in pignore rectè contrahendo hoc primùm oportet obſervare , an ſubſit aliqua principalis obligatio , cui poſſit pignus accedere , eaque quaſi quodam fulcimento ſuſtineri.

Verumtamen ſæpenumerò occurrunt in Jure noſtro pignorum obligationes , quæ vi-

Digitized by Google

dentur contractæ ſine ulla principali obligatione, cui poſſint inniti, de quibus accuratè diſſerendum eſt. Ac primùm cùm liberi in bonis parentis, adminiſtrantis eorum bona adventitia, tacitam habeant hypothecam, & dubitaretur, quo tempore incipiat
2 hæc tacita hypotheca; ſtatuit Juſtinianus incipere à die ſuſceptæ adminiſtrationis *l. cùm oportet §. ult. C. de bon. quæ liber.* & tamen principalis obligatio naſci non videtur niſi à die damni dati, eoque tempore, quo pater malè rem geſſit. Quare bona patris jure pignoris obligata ſunt eo tempore, quo nondum nata eſt principalis obligatio.

Sed ego puto falſum eſſe, quod aſſumitur: ac veriſſimum exiſtimo principalem obligationem initio naſci à die ſuſceptæ adminiſtrationis. Enimverò hac de re inter doctiſſimos homines eſt magna diſſenſio.
3 Bartholus enim, & cum eo plerique putant obligationem naſci tempore rei malè geſtæ, ſed tamen cùm pater admiſtrationem ſuſcipiendo quaſi contrahat §. 1. *Inſt. tit. de oblig. quæ quaſi ex contr. l. ait Prætor ff. de negot. geſtis*, ſtatim naſcitur obligatio pignoris, quæ etſi naſci non poſſit, antequam celebretur contractus principalis obligationis, tamen naſci poteſt antequam oriatur principalis obligatio.

Baldus autem, & Salicetus duas conſtituunt obligationes, quibus filio pater obſtringitur: alteram primævam, & generalem, quæ incipit à die ſuſceptæ adminiſtrationis: alteram ſecundariam, ac ſpecialem, quâ pater obſtringitur ex mala adminiſtratione.

4 Ego verò contra ſentio, unicam eſſe obligationem, eamque naſci initio à die ſuſceptæ adminiſtrationis. Nemo enim ignorat, eos qui aliena negotia ſuſcipiunt adminiſtranda, obligari illis, quorum negotia adminiſtrant, & hanc obligationem, ex quaſi contractu naſci, ſi nullum mandatum intervenerit. §. 1. *Inſtit. tit. de oblig. quæ quaſ. ex contr. l. 5. in princ. ff. de obl. & act. l. 3. & tot. tit. ff. de negot. geſt.* Hæc autem obligatio initio naſcitur, cùm quaſi contractus ſimilis ſit contractui; & ſæpenumerò in Jure noſtro contractus appelletur *l. ſed & cùm aliquis 16. ff. de negot. geſt. l. contractus 23. ff. de Reg. Jur.* & in hoc quaſi contractu ſpectandum ſit initium, quemadmodum ſpectatur in contractibus *l. Pomponius 15. l. ſed & cùm aliquis 16. ff. de negot. geſt.* Conſequens eſt igitur, ut initio etiam pignus obligetur.

Atque, ut hoc apertius demonſtremus, naturam hujus obligationis attentius inſpiciamus. Omnis obligatio, aut in dando 5
conſiſtit, aut in faciendo. *l. ſtipulationum. in princ. l. obligationum ſubſtantia 3. in princ. ff. de oblig. & act. §. ult. Inſt. tit. de V. O.* His additur obligatio mixta, quæ partim in dando, partim in faciendo conſiſtit *l. veteris C. de cont. & commit. ſtip.* In obligationibus dandi ſtatim debitor tenetur ad dandum: in obligationibus faciendi ſtatim tenetur ad faciendum. Illud in his eſt ſingulare, quod ſi non fecerit elapſo tempore, quo facere potuit, tenetur in pecuniam numeratam: hoc eſt, in id, quod creditoris intereſt, eum non feciſſe, quod facere debebat. *l. ſi quis ab alio. §. ult. ff. de re judic. l. ſi pœnam. l. quoties quis. l. ſtipulationes non dividuntur. l. ſi quis ſtipulatus 112. ff. de V. O. l. 1. ff. de act. empti. l. ult. ff. ſi quis in jus voc. non ier.* Hujus generis eſt obligatio, de qua agimus, videlicet obligatio faciendi, aut mixta. Qui aliena negotia ſuſcipit adminiſtranda, confeſtim obligatur ad faciendum omne id, quod in utilitatem Domini geri poteſt: obligatur ad adminiſtrandum diligenter, & ex bona fide. Quamobrem non ſolum tenetur ſi damnum dederit gerendo id, quod geri non debebat, ſed etiam ſi omiſerit id, quod geri potuit *l. ſi pupilli 6. §. ult. ff. de negot. geſt.* Quid ita? quia ad id faciendum erat obligatus: omnia enim facere debet, quæ vergunt in utilitatem, & commodum ejus, cujus negotia ſuſcepit: propterea tenetur etiam de omiſſione, & condemnatur in pecuniam numeratam, nempè in omnem utilitatem, quæ ex facto percipi potuit, ut in aliis faciendi obligationibus *l. ſi pecuniam. pen. ff.*

ſi quis caution. l. ſi quis ab alio. in fin. ff. de re judic. §. 1. *Inſtit. tit. de obligat. quæ quaſi ex contr.* Ex his apparet, quî fiat cur tutor, & adminiſtrator non teneantur, nec adſtringi poſſint ad ſolvendum, ſi rectè adminiſtraverint. Hoc enim non ideò fit, quod initio non eſſent obligati, vel quod ſolum ex mala adminiſtratione naſcatur obligatio; ſed quia rectè adminiſtrando ſatisfecerunt obligationi, & ab ea liberati ſunt. Qui enim obligatus eſt ad dandum, ab obligatione liberatur dando, quod debet: & qui obligatus eſt ad faciendum, liberatur faciendo id, quod facere debebat, cùm ſolutione ejus, quod debetur, omnis tollatur obligatio *princ. tit. Inſt. quibus mod. toll. obl. l. ſi fidejuſſor ff. de condict. ind. l. ſi pupillus* 21. *in fin. ff. ad leg. Falc. l. in omnibus, cum ſeq. ff. de ſolut. l. creditori* 5. *C. de pact.* nec aliud ſit ſolutio, quam præſtatio ejus, quod debetur. *l. ſolutam* 49. *ff. de ſolut.*

Obligatur igitur pater à die ſuſceptæ adminiſtrationis, non à die damni dati: & ideò à die ſuſceptæ adminiſtrationis bona ejus ſunt liberis obligata.

Alterum exemplum pignoris contracti ſine principali obligatione proponi videtur *in l.* 5.
6 *verſ. & ſive ff. de pignor.* ubi ait Juriſconſ. quod etiam futuræ obligationi poteſt pignus accedere: & in *l. grege* 13. §. *ſi ſub conditione ff. eod.* ubi conditionali obligationi rectè pignus accedit.

Sed facilis eſt, & expedita diſtinctio. Accedit pignus, & futuræ, & conditionali obligationi: ita tamen, ut non ante pignus obligetur, quam principalis obligatio naſcatur. De conditionali obligatione perſpicuè docemur in laudata *l.* 5. *& in l. grege* 13. §. *ſi ſub conditione ff. de pign.* De futura obligatione teſtatur Paulus in *l.* 4. *ff. quæ res pign. oblig. poſſ.* ubi hujus rei proponit elegantiſſimum exemplum. Eſt autem hoc perpetuum in Jure noſtro. Fidejuſſor obligari non poteſt, niſi principalis debitor ſit obligatus. *l. fide-*
7 *juſſor obligari* 16. *ff. de fidejuſſ. l. qui contra.* 11. *& l. ſi mihi.* 23. *ff. eod.* nihilominùs poteſt accedere, & futuræ & conditionali obligationi *l.* 6. §. *ult. ff. de fidejuſſ.* quia ſuſpenditur ejus obligatio, quamdiu ſuſpenditur obligatio principalis *l. ſi debitori* 47. §. *ult. & l. fidejuſſor* 37. *ff. de fidejuſſ.* Novatio fieri non poteſt, niſi præcedat obligatio, quæ novatur *l.* 1. *ff. de novat.* §. *præterea Inſt. quib. mod. toll. oblig.* & tamen novari poteſt futura, & conditionalis obligatio *l. ſi Stichum* §. 1. *l. quoties* 14. *in princ. ff. de novat.* quia pendet novatio, donec principalis obligatio naſcatur, quæ per novationem extinguitur eodem momento, quo naſcitur *d. l. ſi Stichum* §. 1. *& d. l. quoties. in princ. ff. de novat.* Conſtitui non poteſt, niſi id, quod debetur. *l.* 1. §. 1. *l. eum qui* §. *quod exigimus. l. hactenus. l. item* §. *quod adjicitur ff. de conſt. pecun.* Poteſt tamen conſtitui debitum conditionale, quia eadem conditione ſuſpenditur *l. id, quod ſub conditione ff. eodem.* Acceptilatio pariter fieri non poteſt niſi de eo, quod per ſtipulationem debetur. §. *item per acceptilationem Inſt. tit. quib. mod. toll. oblig. l. an inutilis* §. *acceptum ff. de acceptil.* poteſt tamen accepto ferri etiam debitum conditionale, quia ſuſpenditur acceptilatio, quamdiu pendet conditio: eâ verò exiſtente, debitor jam olim ab initio ſimul, & obligatus, & liberatus fuiſſe videtur. *l. ſi ſub conditione* 21. *ff. de acceptil. l. ſub conditione* 16. *ff. de ſolutionib.* Eadem ratione pignus accedit, & futuræ, & conditionali obligationi, etiamſi non poſſit ſine principali obligatione ſubſiſtere.

Sed opponi poteſt, quod pignus accedens futuræ obligationi, ſtatim obligatur, etiamſi antequam naſcatur principalis obligatio. Probatur id auctoritate *l.* 1. *ff. qui pot. in* 8
pign. hab. ubi pignus à marito datum, pro ſecuritate dotis reſtituendæ, tenetur ſtatim etiam antequam dos marito fuerit numerata. Et tamen maritus non obligatur ad reſtituendam dotem, niſi poſt numerationem *l. ſi ex cautione* 3. *C. de non numer. pecun.* cùm obligari ad reſtituendum non poſſit ille, qui non accepit *l. qui pecuniam* 30. *ff. de reb. cred. l. cùm ultra C. de non numer. pecun.*

Sed nullius momenti eſt hujuſmodi argumentum. Non naſcitur ibi obligatio pignoris ante principalem obligationem. Licet enim promiſſio

Digitized by Google

promiſſio reſtituendæ dotis non obliget ante numerationem, & pendeat à tacita conditione numerationis: tamen exiſtente conditione numerationis retròtrahitur obligatio ad tempus promiſſionis, perindè ac ſi eo tempore conditio extitiſſet *l. neceſſario. 8. in*
9 *princ. ff. de peric. & comm. rei vend.* In contractibus enim id tempus ſpectamus, quo contrahimus *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* Itaque pignoris obligatio retròtrahitur, & initio nata fingitur, cùm principalem ſequatur obligationem *l. qui balneum* §. 1. *& l. potior* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pign. hab.* quod & de acceptilatione traditum eſt *in l. ſub conditione* 16. *ff. de ſolut.*

Sed obſtat, quod licèt conditio fortuita, quæ à caſu pendet, retròtrahatur ad tempus initi contractùs, tamen conditio arbitraria, quæ pendet à poteſtate debitoris, non retròtrahitur *l. qui balneum* 9. §. 1. *ff. qui pot. in*
10 *pign. hab. l.* 4. *ff. quæ res pign.* Atqui in poteſtate mariti eſt dotem non accipere, & non accipiendo ſe ex præſtita cautione non obligare *l. qui pecuniam* 30. *ff. de reb. credit. l. Titius* 4. *ff. quæ res pign. vel hypoth.*

Reſp. multum intereſſe inter dotem, & mutuum, alioſque contractus. In mutuo & aliis contractibus conditio numerationis eſt arbitraria. Poteſt enim, qui promiſit creditori futuro ſe reſtituturum pecuniam, eam poſtea non accipere, eâque non acceptâ
11 inutilem reddere promiſſionem *d. l. qui pecuniam* 30. *ff. de reb cred.* Nemini enim facit injuriam, ſed oblato beneficio non utitur: quod omninò eſt in noſtra poteſtate *l. ſi Judex ff de minor. l. invito ff. de Reg. Jur.* quapropter in mutuo pignoris obligatio non retròtrahitur ad tempus promiſſionis, ſed tunc naſcitur, cùm pecunia numeratur, quia conditio numerationis eſt in poteſtate debitoris *l. Titius* 4. *ff. quæ res pignor.* Non ita res ſe habet in dote. In hâc conditio numerationis non eſt arbitraria: neque enim eſt in poteſtate mariti dotem non accipere, & mulierem indotatam efficere; quoniam mulieres eſſe dotatas, & ipſarum mulierum, & Reip. intereſt *l.* 2. *ff. de jur. dot.* Itaque ſi maritus aut dotem non exegerit, aut promiſſorem liberaverit, ipſe tenetur *l. vir ab eo ff. de jur. dot. l. penult. §. ſi vir ſocero ff. ſolut. matrim.* Quamobrem cùm non ſit in poteſtate mariti dotem non accipere, conditio numerationis non pendet ab ejus poteſtate, & propterea retròtrahitur ad tempus promiſſionis.

Hujuſmodi diſcrimen inter dotem, & mutuum indicavit Papinianus in laudata *l.* 1. *ff. qui pot. in pign. hab.* ubi ait, quod *non probè dici poteſt eſſe in poteſtate mariti, ne pecuniam reddat, ut minùs dotata mulier eſſe videatur.* Quibus ſignificat, quod cùm in poteſtate mariti non ſit pecuniam non accipiendo efficere, ne teneatur ad eam reſtituendam, obſervandum eſt tempus promiſſionis, non numerationis. Non eſt autem in poteſtate mariti non accipere, ne mulier minùs dotata eſſe videatur. Ita rectè meo judicio verba illa interpretatur Accurſius: à vero aberrat Cujacius, quia ea aliorſum accipit. Subdit deindè Papinianus: *Alia cauſa eſt ejus, qui pignus accepit ad eam ſummam, quam intra certam diem numeraſſet, & fortè prius, quàm numeraret, alii res pignori data eſt.* En mutuum, in quo pignus non obligatur ante numerationem, quia fuit in poteſtate debitoris pecuniam non accipere, & impedire conditionis eventum, ut perſpicuè explicat Paulus *in l. Titius* 4. *ff. quæ res pignor.*

Nec refragatur his, quæ diximus, quod in laudata *l.* 1. *ff. qui pot. in pig.* promiſſor dotis eam ſibi reddi ſtipulatus erat; adeoque non intereſſet mulieris dotem à marito non accipi. Etenim plurimum nihilòminus poterat mulieris intereſſe dotem marito numerari. Quid enim, ſi promiſſor caviſſet 12
dotem ſibi reddi ſolum in aliquem caſum, ut ſæpenumerò ſolet evenire? Quid? quod mulieres indotatæ à maritis facilè contemnuntur, ac dimittuntur, *l. ult. C. ad S. C. Vellej.* Quid? quod ſoluto matrimonio potuit iterum eamdem dotem promiſſori reſtitutam obtinere pro ſecundis nuptiis.

Sed rursùs opponi poteſt, quod in legatis conditio non retròtrahitur ad tempus mortis

l. is, cui 42. ff. de obl. & act. l. ſi mater §.
13 *eamdem. in fin. ff. de except. rei judic. l. 1.*
§. ſervi appellatione ff. ad S. C. Syllanian. l. ſi
uſufructus 14. in fin. ff. quando dies leg. ced. l. ſi
legati 28. ff. de pignor. & tamen pignoris
obligatio ſtatim naſcitur, etiam antequam
exiſtat conditio, hoc eſt, antequam prin-
cipalis obligatio naſcatur *l. qui balneum §.*
ſed & ſi ff. qui pot. in pign. hab.

Animadvertendum tamen eſt, in ea lege
non agi de obligatione legati, ſed de obli-
gatione conventionali. Neque ibi pignus
acceſſit legato, ſed ſtipulationi conditionali.
In legatis enim conditionalibus hæres tene-
tur ſatisdare legatario: hoc eſt legatario
promittere per ſtipulationem datis pignori-
14 bus, vel fidejuſſoribus *l. 1. in princ. & in*
§. 1. & toto tit. ff. ut legat. vel fideicom.
nom caveat. & ſi hæres nolit ſatisdare, mit-
titur legatarius in poſſeſſionem bonorum hæ-
redis *l. 1. §. 1. & toto tit. ff. ut in poſſeſſ.*
legator. Supponitur in laudata lege legatum
conditionale: ſupponitur conventio pigno-
ris: undè conſequens eſt, ibi agi de ſatiſ-
datione legatario præſtita ab hærede. Inter-
ceſſit igitur ſtipulatio, & ſtipulationi pignus
acceſſit: & retròtrahitur ad tempus celebrati
contractus. Quamobrem non ſupponit Juriſ-
conſultus teneri pignus à morte teſtatoris,
quemadmodum eveniret, ſi retròtrahere-
tur, cum ipſa obligatione legati: ſed teneri
à die conventionis: ſupponit enim pignus
alteri traditum fuiſſe poſt initam conventio-
nem cum legatario, & ſtatuit legatarium
eſſe potiorem, licèt conditio poſteà exti-
terit.

Sed obſtat text. in *l. 1. §. ſi quis ſub condi-*
15 *tione ff. ut legat. nom. cav.* ubi evaneſcit ſti-
pulatio, ſi pendente conditione decedat
legatarius, quia legatum non tranſmittitur.
Ergò ſtipulatio ſequitur naturam, & condi-
tionem legati. Item ſi legatum fuerit filio
fam. Sub conditione ſatiſdandum eſt patri,
ſed ſi exiſtat conditio legati eo tempore,
quo legatarius factus eſt ſui juris, evaneſcit
ſatiſdatio *l. 1. in fin. ff. ut legat. vel fideicom.*
cauſ. cav. l. ſi legati ff. de pign. Non poteſt
enim in perſona filii conſiſtere ſatiſdatio,
quia ei præſtita non eſt. Non in perſona
patris, quia ei legatum non acquiritur,
ſed filio *l. ſi uſufructus 14. in fin. ff. quando*
dies leg. ced. Atqui ſi ſtipulatio non ſeque-
retur naturam legati, & conditio retrò-
traheretur ad tempus præſtitæ ſatiſdatio-
nis, patri acquireretur obligatio *l. quæ le-*
gata 18. ff. de Reg. Jur. l. ſi filiusfam. 78. ff.
de V. O.

Reſpondetur, quod utique, ſi legatum
non debeatur, aut non debeatur ei, cui
præſtita eſt ſatiſdatio, neceſſe eſt, ut cor-
ruat ipſa ſatiſdatio. Etenim hæc ſatiſdatio
tacitè in ſe continet hanc conditionem,
ſi legatum debebitur. Præſtatur enim pro
ſecuritate legatarii, non ut aliquid ex ea
legatarius acquirat. Iniquum autem eſt,
cautum eſſe ei, cui nihil debetur *l. 1. §. ult.*
verſ. iniquum ff. ut legator. cauſ. cav. Quam-
obrem omnes exceptiones, quæ obſtant le-
gato, obſtant etiam ſtipulationi *d. l. 1. § ſi*
quis ſub conditione. in fin. ff ut legat. Quam-
vis autem corruente legato evaneſcat ſatiſ-
datio, quæ tuendi legati cauſâ præſtita fue-
rat: nihil impedit, quominùs ſubſiſtente
legato, poſſit ſatiſdatio vires ſuas exercere
à die, quo præſtita fuerat. Fingamus debi-
torem pignori obligaſſe rem alienam, &
poſteà dominum rei ratum habuiſſe, non
dubitatur ſubſiſtente pignore ratihabitionem
retròtrahi ad tempus contracti pignoris *l. ſi*
fundus 16. §. 1. ff. de pignor. Corruente ta-
men obligatione pignoris, vel quia con-
tracta erat ſub conditione, & conditio de-
fecit, vel quia ille, qui pignus dedit,
nihil debebat; utique corruit, & ratihabi-
tio domini, & inutilis eſt. Sic inutilis eſt
ſatiſdatio corruente legato: eo autem ſub- 16
ſiſtente retròtrahitur. Sed contrarium vide-
tur reſpondiſſe Ulpianus in *l. cùm legatorum*
8. ff. ut legat. cauſa cav. Cùm legatorum no-
mine ſatiſdatum eſt, ſimul dies legatorum
ceſſit, protinùs iiſdem diebus, etiam ex ſtipu-
latione debentur.

Reſpondetur, in hac lege agi de legatis
in diem, ut conſtat ex lege ſequenti quæ
hujus explicandæ cauſâ ſubjecta eſt: ibi,
non tamen ut ſtatim peti poſſint: deberi enim

dicimus, & quod die certâ præſtari oportet, licet dies nondum venerit. Ceſſit dies legati, debetur legatum: ſed peti non poteſt: necdum venit dies legati. Hæc omnia propria ſunt legati in diem, nec poſſunt convenire legato conditionali, *l. cedere diem ff. de V. S. l. ſi poſt diem 5. & toto tit. ff. quan. dies legat. ced.*

Quòd ſi quis velit eam legem latiùs interpretari, ut comprehendat etiam legata conditionalia, animadvertat, oportet, nihil aliud in ea lege ſtatui, ac definiri, quàm quod ſtipulatio, & ſatiſdatio legatorum cauſa præſtita tacitè continet eamdem conditionem, idemque tempus, quod continent ipſa legata, ut reſponſum eſt de obligatione conſtitutæ pecuniæ in *l. id, quod ſub conditione. in princ. ff. de conſtit. pecun.* Hoc enim ſignificant verba illa, *iiſdem diebus debentur*: hoc eſt, quòd ſi legatum debebatur ſub conditione, ſub eâdem conditione debetur etiam ex ſtipulatione, quamvis in ſtipulatione conditionis mentio facta non fuerit: ſi verò debebatur in diem, debetur idem eodem die, etiam ex ſtipulatione. Diei enim nomen, & diem certum, & diem incertum, & conditionem comprehendit, ut in *l. talis ſcriptura ff. de leg. 1. in l. ſi quis legata 54 ff. de cond. & dem.* Quæ omnia utique veriſſima ſunt, ſed non impediunt, quominus exiſtens conditio retrotrahatur. Debetur quidem ex ſtipulatione legatum iiſdem diebus, & ſub eadem conditione, ſed tamen exiſtente conditione ſpectatur tempus celebrati contractûs, ut in quacumque ſtipulatione uſu venit *l. ſi filius famil. 78. ff. de V. O.*

17 Ad alia jam progrediamur. Pignus ſubſiſtere ſine principali obligatione traditum eſt in *l. 2. C. de luit. pign. Intelligere debes vincula pignoris durare principali actione ſubmotâ.* Si durant vincula pignoris ſine principali obligatione, poſſunt etiam colligari *l. nihil tam naturale. l. omnia l. ferè quibuſcumq. ff. de Reg. Jur.*

Doctiſſimus Cujacius putat, hanc legem referendam eſſe ad legem primam ejuſdem tituli, idemque factum in ea ſupponi. Si plures ſint ejuſdem debitoris hæredes, & unus ex eis ſolvat creditori pro portione hæreditaria, liberatur quidem ab obligatione, & ſubmovetur, & extinguitur actio perſonalis, quâ poterat conveniri: durant 18
tamen vincula pignoris, etiam pro ea portione, quæ ad ipſum pertinet, quia pignoris cauſa eſt indiviſa *l. rem hæreditariam 65. ff. de evict.* ſolutâ enim parte debiti totum pignus nihilominùs manet obligatum: nam licèt res pignori ſubjectæ diviſionem patiantur, pignus tamen ipſum eſt individuum, nec pro ulla parte debitor liberatur, quamdiu totum debitum non fuerit exſolutum *d. l. 1. C. de luit. pign. l. qui pignori 19. ff. de pignor. l. ſolutum 11. § ſi in ſortem ff. de pignor. act. l. ſi rem §. omnis ff. eod.* Quo facto ſuppoſito rectè ait Imperator durare vincula pignoris ſubmotâ actione perſonali.

Si quis huic interpretationi non acquieſcat, vel quia diverſa ſunt Reſcripta diverſorum Imperatorum; vel quia id ſatis luculenter in prima lege fuerat explicatum, adeò ut ſupervacaneum videri poſſit, id multò obſcurius repetere in ſecunda lege, & generaliter enunciare, quod generaliter verum non eſt; is animadvertat in hac lege non ſtatui vincula pignoris durare extinctâ principali obligatione, ſed ſubmotâ perſonali actione. Submoveri enim poteſt actio, 19
etiam ſi non ſit ſublata principalis obligatio. Quoties enim ſubtilitate Juris Civilis tollitur obligatio, durant vincula pignoris, ut in *l. debitor 59. in princ. ff. ad S. C. Trebellian. in l. ex ſextante. in fin. ff. de except. rei judic.* ratio enim non patitur, ut pignore fraudetur ille, cui ſatisfactum nòn eſt *d. l. ex ſextante.* Et ideò Prætor, cujus auctoritate nititur actio hypothecaria *§. item Serviana Inſtit. tit. de action.* non denegat hanc actionem, quæ ex pacto deſcendit *l. contrahitur 4. ff. de pignor. & hypoth. l. 1. ff. de pignor. act.* & idcircò ex naturali ratione, & æquitate proficiſcitur *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſt. pec.* Neque pignus durat ſublatâ penitùs obligatione principali. Nam ratio & æquitas naturalis id efficit, ut perſeveret naturalis

Digitized by Google

obligatio, quæ ſolo æquitatis vinculo ſuſtinetur *l. Stichum 95. §. naturalis ff. de ſolut.* Perſeverante autem naturali obligatione perſeverat & pignus, licet ſublata ſit civilis obligatio *l. quæſitum §. 1. ff. de pignor.* Nec Prætor obſecundat Juri Civili in illis, quæ ab eo ſubtiliter ſunt introducta, ut obſervat etiam in ſeparatione bonorum *l. debitor. 3. ff. de ſepar.*

Exiſtimo tamen laudatam *l. 2. C. de luit. pign.* referendam eſſe ad præſcriptionem actionis. Hoc enim caſu propriè dicitur actio ſubmoveri *l. empti actio 21. C. de evict.* ſubmotâ autem actione per lapſum temporis
20 durant vincula pignoris. *l. debitor 59. in princ. verſic. quemadmodum ff. ad SC. Trebell. l. qui occidit 30. ff. ad L. Aquil. l. 3. junctâ l. 7. §. 1. C. de præſcript. triginta, vel quadraginta annor.* quia per lapſum temporis non omninò extinguitur obligatio, cùm tempus non ſit modus finiendæ obligationis *l. obligationum ferè ff. de oblig. & action.* ſubmovebatur etiam actio, quando creditor plus petens cauſâ cadebat *§. ſi quis 33. Inſtit. tit. de action.* Nemo autem dixerit, hoc caſu penitus ſublatam fuiſſe obligationem, ſaltem naturalem, durante æquitate, quâ ſuſtinebatur. Ac propterea durant vincula pignoris *l. ſervum 27. in fin. ff. de pignor.* Atque ad hos duos modos commodiſſimè referri poteſt Reſcriptum Imperat. in laudata *l. 2. C. de luit. pign.*

Illud poſtremò eſt animadvertendum, quod non ſolum durant vincula pignoris, ſubmotâ actione principali, ſed etiam de
21 novo conſtitui poſſunt. Exemplum ſuppeditat nobis Scævola in *l. ult. ff. in quibus cauſ. pign. tac. cont.* ubi factâ tranſactione, & ſolutâ majori parte pecuniæ, debitor in reſiduam quantitatem pignus obligavit creditori: tenetur pignus etiam pro veteri contractu. Submotâ enim eſt actio, ex veteri contractu per tranſactionem: tamen ſi tranſactio poſtea reſcindatur vel propter dolum, vel propter errorem, vel alia ſimili cauſa; apparet naturalem obligationem ſublatam non fuiſſe, & reſiduam quantitatem, in quam pignus fuit obligatum, non eſſe ſolam quantitatem debitam ex tranſactione, ſed etiam eam, quæ debebatur ex veteri contractu, pro qua non quidem expreſſim, ſed tacitè pignus obligatur. Planè hos etiam caſus ea generali lege comprehendi nullus dubito.

Opponi etiam poteſt text. in *l. ſolutum 11. §. ſolutam ff. de pignor. act.* Dominus locavit domum ſuam Titio; Titius ejus partem Cajo locavit. Cajus ſecundus conductor, in domum conductam res ſuas intulit. Eæ res pignori obligantur domino domûs. Et 22
tamen Cajus ſecundus conductor domino domûs non eſt obligatus, neque enim cum eo contraxit. Nec poteſt per Titium primum conductorem acquiri obligatio domino *d. l. ſolutum §. per liberam ff. de pignor. act.* contrahitur igitur pignoris obligatio, & domino acquiritur ſine ulla principali obligatione, cui innitatur.

Reſpondetur, quod res invectæ, & illatæ à ſecundo conductore pignori obligantur domino, & accedunt obligationi primi conductoris, quâ ipſe domino obſtringitur: non verò obligationi Caji, ſecundi conductoris, quâ ipſe domino non eſt obſtrictus: adeoque non contrahitur obligatio pignoris ſine principali obligatione. Quod autem pignus teneatur pro obligatione Titii, non Caji, conſtat, quia fruſtrà nos admoneret Ulpianus pignus teneri ſolummodò in eam ſummam, in quam cœnaculum Cajus conduxit, non verò in univerſam penſionem; quoniam credibile non eſt, Cajum voluiſſe in univerſam penſionem frivola ſua obligare. Abſurda eſſet quæſtio, ſi invecta, & illata obligarentur pro penſione Caji: & multò magis abſurda eſſet ratio petita à præſumptione voluntatis, & à veriſimilitudine. Eadem de cauſa ineptum eſſet etiam, quod admonet Marcianus ex Pomponio in *l. 5. in princ. ff. in quib. cauſ. pign.* quod ſi conductor mihi gratuitam habitationem conceſſerit, invecta à me tenentur domino. Quis enim de his poſſet dubitare, ſi pignus accederet obligationi ſecundi, non primi conductoris; præſertim hoc caſu, quo ſecundus nullam contrahit obligationem ſolvendæ penſionis.

Ideò autem invecta, & illata à ſecundo conductore pignori obligantur domino ædium pro obligatione primi conductoris, quia utraque obligatio tam primi, quam ſecundi conductoris reſpicit perſonam domini: & ideò, qui infert, & invehit res in domum conductam, videtur tacitè convenire cum domino domûs, eas res ipſi obligatas eſſe pro penſione, quæ ipſi debetur. Debetur autem domino penſio à primo conductore: ibi, *videtur tacitè & cum domino ædium hoc conveniſſe, ut non pactio cœnacularii proficiat domino, ſed ſua propria.* Accedit igitur pignus alienæ obligationi, quod fieri poſſe non dubitatur *l. aliena res ff. de pignor. act.* & ideò accedit alienæ obligationi, quia obligatio propria ſecundi conductoris pendet ab obligatione primi, & cum ea conjuncta eſt, atque connexa; adeo ut licet nemo ſolvens creditori ſui creditoris, ipſo Jure liberetur *l. ſi opera 6. ff. de dol. mal. except.* tamen ſecundus conductor rectè ſolvat domino ædium, hoc eſt creditori ſui creditoris *d. l. ſolutum §. ſolutam ff. de pignor. act.* Non admodum diſſimile exemplum proponitur in *l. cùm quis ſibi 38. §. ult. ff. de ſolut.* Titius pro me fidejuſſit apud Cajum creditorem meum, & in ſuam obligationem Cajo pignus dedit. Moritur Titius, & me hæredem inſtituit. Adeo hæreditatem: confuſione tollitur obligatio fidejuſſoria *l. Stichum 95. §. quod vulgò ff. de ſolut. d. l. cùm quis 38. §. ult.* nemo enim pro ſe ipſo fidejuſſor eſſe poteſt *l. heres 21. §. quod ſi ff. de fidejuſſ.* extinctâ fidejuſſoriâ obligatione, pignus quoque, quod ei acceſſerat, extingui deberet. Reſpondit tamen J C. pignus durare: manet enim obligatio principalis, cujus contemplatione tam obligatio fidejuſſoria, quàm obligatio pignoris contracta fuerat.

Opponi prætereà poteſt text. in *l. ſi rem 9. §. 1. ff. de pign. act. Non tantùm autem ob pecuniam, ſed & ob aliam cauſam pignus*
24 *dari poteſt. Veluti ſi quis pignus alicui dederit, ut pro ſe fidejubeat.* Nulla hîc videtur ſubeſſe principalis obligatio, cui pignus accedat; Nemo enim alteri obligatus eſt, ut pro ſe fidejubeat.

Sed non ita eſt. Qui dat alicui pignus, ut pro ſe fidejubeat, ei mandat, ut fidejubeat: eoque fidejubente mandati obligatur *l. ſemper 60. ff. de Reg. Jur. l. indebitam 47. ff. de condict. indeb. l. ſi remunerandi 6. §. ſi paſſus ff. mandat.* Huic obligationi mandati pignus accedit.

Denique duci rectè poteſt argumentum à fidejuſſione ad pignus *l. 1. ff. quæ res pign. dari poſſ. l. ſi legati 28. in fin. ff. de pign.* imo duci poteſt, ut aïunt Logici, à fortiori *l. cùm quis 38. in fin ff. de ſolut. & l. ſi quis poſteaquam 37. ff de fidejuſſ. junctâ l. 1. C. de luit. pignor.* Atqui fidejuſſoris obligatio interdum ſine principali obligatione contrahitur, aut ſuſtinetur. Exemplum proponitur in *l. ult. in fin. ff. de duob. reis.* Alterum in *l. mortuo ff. de fidejuſſ.* Tertium in fidejuſſore, qui accedit officio Judicis, quod nullam ſupponit obligationem.

Sed falſa ſunt omnia. Neque enim in laudatis exemplis fidejuſſor obligatur ſine principali obligatione. De primo exemplo id demonſtravimus alio loco, ubi luculenter expoſuimus *l. ult. ff. de duob. reis.*

Ad *l. mortuo ff. de fidejuſſ.* facilis eſt reſponſio. Mortuo reo promittendi non extinguitur obligatio, ſed reſidet in hæreditate, quæ defunctum repræſentat *§. ſervus Inſt. tit.* 25
de hæred. inſtit. l. non minus 31. §. ult. ff. eod. & domini locum obtinet *l. denique §. quæſitum ff. quod vi, aut clam. l. ſi ante 15. ff de interrog. act.* imo domina eſt *l. liber homo 13. §. ſi ſervus ff. ad Leg. Aquil.* & ideò pro ea obligatione, quæ in hæreditate eſt, fidejuſſor obligatur.

Ad tertium reſpondetur in omnibus iis, quæ præſtantur officio Judicis, & quibus accedere poteſt, vel fidejuſſor, vel hypotheca, ſubeſſe aliquam obligationem, cui poteſt adhærere obligatio acceſſoria. Doctores 26
noſtri primùm id probant exemplo fideicommiſſorum, quæ olim, ut ipſi putant, officio Judicis præſtabantur, & eorum ſervandorum causâ fidejuſſor dari poterat *tot. tit. ff. ut legat. ſeu fideic. nom. cav.* & interdum etiam pignus *l. filio ff. eod.* ſed utrumque falſum eſt, & quod præſtarentur officio Ju-

dicis, nam extraordinaria dabatur perſecutio ad ea perſequenda, quæ actionis quædam ſpecies erat *l. pecunia verbum* §. *actionis ff. de V. S.* & quod nulla ſubeſſet obligatio, cui fidejuſſor, aut pignus poſſet accedere. Nam perſecutio illa ſupponebat debitum, & obligationem *l pecunia verbum* §. *ult. ff. de V. S.* & licèt ſtricto Jure nulla actione teneretur hæres, tamen cùm compelleretur auctoritate Magiſtratûs *l. hereditas* 50. *in fin. ff. de petit. hæred.* erat obligatus ad ſolvendum *l. obligationum ſubſtantia ff. de oblig.* & quaſi debitum ab eo exigebatur *l.* 3. *ff. de pollicit.* Et quis poterit dubitare hæredem ſaltem naturaliter obligatum fuiſſe? cùm & fideicommiſſa inutiliter relicta naturaliter debeantur, & ſoluta repeti non poſſint, quia ex conſcientia ſatisfactum eſt voluntati defuncti *l.* 2. *C. de fideicom.* Et quæ fuit cauſa mandandi juriſdictionem fideicommiſſorum Magiſtratibus, & creandi Prætores fideicommiſſarios, qui hæredes cogerent præſtare fideicommiſſa, niſi ſumma æquitas obtemperandi ſupremæ voluntati? Illud etiam operæ pretium eſt animadvertere, fidejuſſores, & pignora, quæ dantur fideicommiſſorum ſervandorum causâ, verè non accedere obligationi fideicommiſſi, ſed obligationi ſtipulationis, quæ vera eſt, & juſta obligatio: præſtanda enim eſt ab hærede ſatiſdatio fideicommiſſario *l.* 1. *ff. ut legat.* quæ ſatiſdatio per ſtipulationem fit *l. hæc ſtipulatio* 14. *ff. eod.* & ſtipulationi accedunt fidejuſſores *l. prætoria* 7. *ff. de prær. ſtip.* igitur fidejuſſores accedunt veræ, & civili obligationi.

Probant id etiam exemplo legatorum, quæ præſtantur officio Judicis, ut in *l. ſervos*, 17. *ff. de alim. legat. l. hæreditas* 50. *in fin. ff. de hæred. pet.* Pro legatis autem competit tacita hypotheca *l.* 1. *C. commun. de legat.* Sed quis non videt hæc legata deberi, & hæredem ad ea præſtanda obligatum eſſe, ſaltem naturali obligatione, cùm non minùs æquum ſit præſtari hujuſmodi legata, quàm cætera omnia? Poſſet etiam in controverſiam adduci, an pro his legatis competat tacita hypotheca, cùm hæc detur ſolum quatenus competit actio perſonalis *l.* 1. *in fin. C. commun. de legat.* Sed hæc non ſunt hujus loci.

27 Affertur etiam ad hoc probandum text. in *l. cùm quis* 38. §. *ſi quis ff. de ſolut.* ſed ſatis ſuprà reſponſum eſt. Planè nemo negabit, eum, qui tempore liberatus eſt ſine culpa, & negligentia creditoris, ſubtilitate quidem Juris Civilis, non poſſe conveniri, ſed tamen ſecundum æquitatem, & naturalem rationem manere debitorem *l.* 1. *ff. ex quib. cauſ. major.* eâque ſuadente dari reſtitutionem creditori, ut cogi poſſit ad ſolvendum. *l. Divus* 7. *in princ. & in* §. 1. *ff. de in integr. reſtitut.*

Nullius momenti ſunt argumenta petita ex *l centum Capuæ. & l. ult. ff. de eo, quod certo loco. & ex l. quæro ff. loc.* Nam ibi una eſt ſtipulatio, una obligatio ſortis principalis, quâ tenetur tàm reus principalis, quàm fidejuſſor. *d. l. centum Capuæ. verſic. una ſtipulatio ff de eo, quod cert. loc.* adeòq. ſubeſt principalis obligatio, cui adhæret obligatio fidejuſſoris. Cæterùm, quia reus principalis, præter id, quod eſt in obligatione, condemnatur officio Judicis etiam ad ſolvendum id, quod intereſt, vel ſortis uſuras; idcircò eodem officio Judicis condemnatur etiam fidejuſſor, cùm æquum ſit, ipſum quoque idem onus agnoſcere. *d. l. quæro ff. loc* Non magis igitur tenetur fidejuſſor, quàm principalis.

Ut ad pignus revertamur; opponi poſſit, hypotecam cedi poſſe ſine perſonali actione, ut ferè à Pragmaticis receptum eſt: adeòque ſuſtineri ſine principali obligatione.

Hanc ſententiam falſiſſimam eſſe alii demonſtraverunt. Eâ tamen admiſsâ, falſum nihilominus eſt, hypothecam ſine principali obligatione ſubſtineri: neque enim extincta eſt principalis obligatio, à qua ſuſtineri poſſit. Ac verè etiam juxta eorum ſententiam à principali obligatione ſuſtineri conſtat, quia ipſi quoque fatentur, extinctâ per ſolutionem principali obligatione hypothecam intercidere, & extingui. 28

CAPUT XIII.

AD L. 1. ff. IN QUIBUS CAUS.

Pign. tac. contrahatur.

Summarium.

1 *Privilegium exigendi, & prælatio in pignore quantùm differant.*
2 *Qui pecuniam mutuatur ad rem reſtituendam, vel emendam, in pari cauſa potior eſt aliis.*
3 *Privilegium ejus, qui mutuatur ad ædes reſtituendas, an extendatur ad eum, qui mutuatur ad reſtituendas naves.*
4 *Publicè intereſt naves non retineri.*
5 *Inſtrumenta ruſtica non poſſunt pignorari: nec arma militum.*
6 *Cur conceſſum privilegium mutuantibus ad ædes reſtituendas.*
7 *Privilegia ædificiorum numerantur.*
8 *Non eadem Romanis cura navium, & ædificiorum.*
9 *Mercatura à Romanis potius coercita, quàm privilegiis promota.*
10 *Mercatura Romanis perniciosa: & quare. n. 12. Mercatura quare utilis Reipublicæ.*
11 *Qua arte Romani Civitatem augerent.*
12 *Præmia à Romanis propoſita mercatoribus: & quare. n. 13.*
14 *Quantâ curâ annonæ providerint Romani. & n. 15. & 16.*
17 *De frumentatione pauca delibata.*

SEnatuſconſulto, quod factum eſt Marco imperante, tribuitur jus taciti pignoris illis, qui ad ædes reſtituendas pecuniam mutuantur. Hoc privilegium Pragmatici produxerunt ad omnes alios, qui in aliam rem quamlibet reficiendam, reſtituendamve pecuniam mutuantur. Non rectè, meo judicio. Duo ſunt privilegia: jus exigendi, & jus taciti pignoris. Privilegium exigendi à Plinio in epiſtola ad Trajanum appellatur πρωτοπραξία, quaſi dicas, *Jus, quo quis aliis creditoribus in exigendo præfertur.* Conceditur hoc ſolis creditoribus chirographariis:
1 & de hoc agitur in toto *tit. ff. de privilegiis creditorum*; quod eſt obſervandum, quia perperam Noſtri abutuntur ejus tituli legibus, ut demonſtrent qui ſint potiores in pignore: qua de re ibi nuſquam agitur, cùm de ea ſit proprius titulus *qui pot. in pign. hab.* Jus taciti pignoris aliquando conceditur ſimul cum alio privilegio, quo creditor aliis creditoribus hypothecariis potior eſt in pignore. Animadvertendum autem eſt, quòd Veteres Juriſconſulti privilegium exigendi inter chirographarios facilè concedebant; itemque inter hypothecarios, ut alter altero potior eſſet: at verò ut, qui ex vi ſuæ obligationis, & natura ſua chirographarius eſt, præferatur hypothecariis, ferè numquam concedebant; huic enim duo concedenda ſunt, & jus taciti pignoris, quod ratò Veteres tribuebant, & jus prælationis in pignore, ut Noſtri aïunt. Præterea, quia jus pignoris unuſquiſque poteſt ſuâ conventione ſibi acquirere, neque indiget in hoc legis privilegio, neque æquum eſt, ut qui negligens fuit in pignoris obligatione ſibi conſtituenda, præferatur his, qui eam expreſſè ſibi conſtituerunt. *Arg. text. in l. pupillus ff. quæ in fraud. cred.* Rectè Varr. *de re ruſt. lib. 1. Dii facientes adjuvant.*

Hoc igitur ratum ſit. In pari cauſa, qui pecuniam mutuatus eſt ad rem reficiendam,
reſtituendam, emendam, præfertur aliis. Hoc 2
eſt, ſi de pignore ſibi non caverit, cùm ipſe ſit chirographarius, præfertur chirographariis, cùm ſint in pari cauſa *l. qui in navem 26. l. quod quis 34. ff. de reb. auct. Jud. alias, de privileg. creditor. l. ſi ventri §. 1. ff. eod. l. creditor 25. ff. de reb. cred.* ſi verò pignus expreſſè ſibi conſtituerit, cùm ſit hypothecarius, præfertur aliis hypothecariis, cùm ſint in pari cauſa: & ita ſunt intelligendæ *ll. 5. & 6. ff. qui pot. in pig. hab. Auth. de æqual. dot. c. 3.* Et hoc demonſtrare poſſem ſatis evidenter: ſed hìc non libet hanc quæſtionem penitùs examinare.

Solùm hìc quærimus de navi. Qui pecuniam credit ad reſtituendas ædes habet jus tacitæ hypothecæ *l. 1 ff in quib. cauſ. pig. tac. contrah.* & quidem ita, ut aliis ſit potior *l. 5. & 6. ff. qui pot. in pig. hab.* Videtur id conſtitutum publicæ utilitatis causâ, ut
infrà dicemus. Atqui multò major in Remp. 3
utilitas redundat ex navium, quam ex ædium ædificatione, propter mercaturam, cùm ad

ſummam Reip. pertineat exercitio navium *l.* 1. §. *licet* 20. *ff de exercit. act.* Non poteſt igitur dubitari, quin privilegium dictæ legis primæ, ſi non ad alia, certè ad naves pertineat.

Dicam, quod multis videbitur fortaſſè παράδοξον. Ob id ipſum, non poteſt privilegium illud ad naves pertinere, quia navium exercitio ad ſummam Reip. pertinet. Obſervandum enim eſt, quod ſi naves tacitè pignori obligentur omnibus, qui vel ad naves fabricandas, vel reficiendas, vel armandas, vel emenda nautis cibaria pecuniam crediderunt, facilè eveniet, ut à creditoribus detineantur; atque idcò liberè navigare non poterunt commercii cauſâ, ac
4 maximum mercaturæ afferetur impedimentum. Conſtantinus Imperator tribus Conſtitutionibus vetuit naves alicubi retineri, aut ullo genere incommodi affici, quo minus progredi, & celeriter eò, quò curſum dirigunt, poſſint pervenire. Extant hæ tres Conſtitutiones in Codice Theodoſiano in *tit. de navicul l.* 4. 8. & 9. quarum una tantum relata eſt in Codicem Juſtiniani ſub eodem titulo. Rectè etiam Athenienſes lege caverant, ut judicia mercatorum Athenis peragerentur à menſe Boëdromione, ad Munychionem; hoc eſt ſex illis menſibus, quibus navigari non poteſt, ne tempore ad navigandum opportuno judiciorum impedimentis diſtinerentur: teſte Demoſthene in *Orat.* πρὸς Απατέριον. Et Xenophon omnium rerum peritiſſimus in *lib. de reditibus*, ait, Præfecto mercaturæ proponenda eſſe præmia, quicumque æquiſſimè, celerrimèque judicaverit, ne impediantur illi, qui navigare volunt, & ut plures, iique libentius negotientur. pertinet igitur ad mercaturæ utilitatem non impediri navigationem, nullaque de cauſa naves detineri, quod eveniret navibus pignori obligatis.

Exemplum peti poteſt ab agricultura. Pertinet ad ſummam Reip. ne agrorum cultura turbetur; nihil eâ conducibilius, & in privilegiis par eſt ædificiis *l.* 1. *ff. de tign. junct.* Quid autem in ea eſt conſtitutum? Tantum abeſt, ut aliquod jus tacitæ hypothecæ tribuatur ejus favore: quin potius inſtrumenta ruſtica, quibus opera ruſtica exercentur, prohibentur oppignerari, & in quadruplum condemnatur, quicumque ea jure pignoris 5
auſus fuerit auferre *l. executores* 7. & *l. ſeqq. cum Auth. agricultores C. quæ res pign.* Idemque dicendum eſt de armis militum, argum. text. in *l. qui commeatus* §. 1. *ff. de re milit juncta l.* 9 *ff de pignor.* tectè Diodor. Sc. *lib.* 1. *Biblioth.* μέμφονται δέ τινες οὐκ ἀλόγως τοῖς πλείστοις τῶν παρὰ τοῖς Ἕλλησι νομοθετῶν, οἵτινες ὅπλα μὲν, καὶ ἄροτρον, καὶ ἄλλα τῶν ἀναγκαιοτάτων ἐκώλυσαν ἐνέχυρα λαμβάνεσθαι πρὸς δάνειον, τοὺς δὲ τούτοις χρησομένους συνεχώρησαν ἀγωγίμους εἶναι. Quemadmodum igitur, ne pignoris cauſâ turbetur agrorum cultura, prohibentur obligari inſtrumenta, quibus ea exercetur: ita ne turbetur negotiatorum navigatio, potius interdicenda eſt obligatio navium, & armamentorum, quibus navigatio exercetur, quàm concedenda tacita hypotheca.

Sed hic non conſiſtimus. Præterea animadvertendum eſt, alia de cauſa non poſſe deduci argumentum ab ædificiis ad naves de Jure Romanorum. Ei, qui pecuniam credidit ad reſtituendas ædes tributum eſt jus taciti pignoris ob publicam utilitatem, ſed eam utilitatem, quæ reſpicit decorem, ornatumque, & magnificentiam Urbis, quod 6
navium ædificationi non convenit. Præſertim cùm Romani nulla de re tam accuratè caverint, quàm ne ruinis Urbis aſpectus deformaretur, & incredibili diligentia Urbis decori, atque amplitudini providerint: quo factum eſt, ut univerſa Roma diceretur eſſe *miraculum*, teſte Caſſiodoro, eique

Par eſſet nihil, & nihil ſecundum. Mart.

Primum enim ab ipſis ferè Urbis naſcentis, & legum incunabulis, in duodecim Tabulas relata eſt à Decemviris lex illa: *Ut ædificia in Urbe ita fierent, ut ſeſtertius pes inter ædes vicinas ambitûs cauſa relinqueretur.* Hinc 7
Romæ omnes ferè erant inſulæ, raræ admodum domus. Item illa alia: *Tignum junctum ædibus ne ſolvito.* Voluerunt enim potius dominum, contra omnes Juris Regulas, ſuo tigno privari, quàm dirui ædificium, ac

Urbem

Urbem ruinis deturpari *l. 1. ff. de tigno junc. l. gemma 6. ff. ad exhib. l. de eo 63. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. qui res ſuas 98. in fin. ff. de ſolut. l. 7. §. 7. ff. de acquir. rer. dom. §. cùm in ſuo Inſt. tit. de rer. divis.* Quod privilegium nec navi, nec aliis rebus tributum eſt *l. gemma 6. ff. ad exh. l. in rem actio §. 5. & 6. ff. de rei vindic.* Plin. *lib. 35. cap.* 14. & Vitruvius *lib. 2. cap.* 8. meminerunt alterius legis, quâ cavebatur, ne parietes communes craſſiores ſeſquipedalibus conſtituerentur. Auguſtus ad impediendos, ut ait Juvenalis, *lapſus Tectorum aſſiduos, & mille pericula ſæva Urbis*, vetuit, ne ſupra ſeptuaginta pedes domus attollerentur, teſte Strabone: & Nero etiam, teſte Tacito, cohibuit altitudinem ædificiorum. Denique Trajanus modum ædificiis ſtatuit, pedes ſexaginta. Veſpaſiano imperante decretum eſt Senatuſconſulto, ne marmora negotiandi cauſâ detraherentur ex ædibus, aut ædificia diruerentur, materiæ in aliam domum exportandæ causâ. Hoc Senatuſconſultum ab Adriano Imperatore confirmatum eſt, ut refert Spartian. *in ejus vitâ.* Eo continebatur, ne ea, quæ ædibus juncta ſunt, tollere negotiationis, aut commercii causâ liceret, neve vendere, emere, legare, pœnâ dupli conſtitutâ in eum, qui ſuſtuliſſet, in ærarium inferenda. Factum eſt hoc Aviolâ, & Panſâ Coſſ. circa annum Noſtræ Salutis 125. & confirmatum ab Alexandro Severo *in l. 2. C. de ædif. priv.* ejuſque frequens mentio in Jure noſtro, ut in *l. Senatus 52. ff. de cont. empt.* in *l. cætera 41. §. ſed ea 1. ff. de leg. 1.* in *l. ult. ff. de dam. inf.* in *l. Marcellus 45. ff. de don. int. vir. & ux.* in *l. fideicommiſſa 11 § ſi quis illicitè 14.* & in *l. nutu 21. §. ult. ff. de legat. 3.* Rurſus Ulp. in *l. Præſes 7. ff. de off. Præſid. Præſes Provinciæ inſpectis ædificiis dominos eorum cauſâ cognitâ reficere ea compellat, & adverſus detrectantem competenti remedio deformitati auxilium ferat.* Conſonat text. in *l. ad curatoris 46. ff. de damn. inf.* Quid dicam de privilegio illo, quod conceſſit Philippus Imperator in *l. 4. C. de ædif. priv.* ut ſi unus ex ſociis communem ædem reſtituiſſet, & alter intra quatuor menſes partem ſumptûs non reſtituiſſet cum uſuris centeſimis, pars ejus domûs accreſceret ei, qui reſtituiſſet? Fuerat hoc & anteà à D. Marco conſtitutum *l. cum duobus, alias l. fratres. §. idem reſpondit 10. ff. pro ſoc.* à quo & jus taciti pignoris fuit conceſſum in *l. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Simile eſt privilegium jam olim à Veſpaſiano conceſſum, de quo Sueton. *in ejus vitâ cap. 8. Vacuas areas occupare, & ædificare, ſi poſſeſſores ceſſarent, cuicumque permiſit.* Simile quid Adrianus etiam videtur edixiſſe, cujus Edicti mentio fit in *l. 5. C. de ædif. priv.* Adeò nihil eſt tam alienum à Regulis Juris, quod ædium causâ non ſit conſtitutum. Ac ſanè præſagiſſe videtur Philippus: paucis enim diebus poſt legem latam, orto Romæ incendio, multa ædificia ſunt conſumpta, quibus reſtituendis multum contulit lex paulo ante lata. Plura non addo: hoc tantum dico, nulla ferè de re frequentius à Romanis cautum, quam de ſartis tectis tuendis, ne ædificia eſſent caſſa, ac ruinoſa, qua in re poſita eſt dignitas Urbis, & ornamentum, eoque pertinent textus in *l. 2. §. ſi quis 17.* & in *l. ult. ff. ne quid in loc. publ.* in *l. præſcriptio C. de oper. publ.* in *l. Præſes ff. de offic. Præſid.* & alibi paſſim. Inter hæc autem multa ſunt contra Juris Regulas conſtituta, quæ ſi quis ad naves, & alia velit producere, totum Jus Civile peſſumdabit.

Videamus igitur an apud Romanos ſimile quid fuerit de navibus conſtitutum. Ac certè non eam curam navium habuiſſe Romanos, quàm ædificiornm, conjecturâ aſſequi poſſumus, cùm ædificiis ſartis tectis tuendis Magiſtratum præfecerint, Ædiles: navibus verò 8
cuſtodiendis, aut negotiationi amplificandæ nullus præeſſet Magiſtratus. Sed conjecturis opus non eſt. Cùm tot legibus Urbis decori, & ædium reparationi proviſum eſſet: nullâ lege conſultum fuiſſe negotiationi, præſertim ſtante Republica, reperimus. Imò multis legibus mercimonia coërcebantur. Primùm Auctor eſt Livius *lib. 21. propè fin.* & Cic. *Verr. 7.* Q. Claudium Tribunum Plebis anno Urbis 535. P. Cornelio, & Ti. Sempronio Coſſ. legem tuliſſe: *Ne quis Sena-*

tor, quive Senatoris pater fuiſſet, maritimam navem, quæ plus quam trecentarum amphorarum eſſet, haberet. Id ſatis habitum ad fructus ex agris vectandos: quæſtus omnis Patribus indecorus viſus eſt. Fuit hoc poſteà à Julio Cæſare Dictatore confirmatum lege Juliâ repetundarum *l. 3. ff. de vacat. & excuſ.* Thebani quoque ad munera publica accedere prohibebantur, niſi decem annis deſtitiſſent à mercimoniis exercendis, ut refert Ariſt. *lib. 3. Polit. c. 5.* Longiùs etiam progreſſi ſunt Romani, cùm nobiles omnes negotiationem exercere prohiberentur *l. nobiliores 3. C. de commerc. & mercat.* Rectè Cic. *de offic.* *Mercatura, ſi tenuis eſt, ſordida putanda eſt: ſi magna, & copioſa, multa undique apportans, multiſque ſine vanitate impertiens, non eſt admodum vituperanda: atque etiam ſi ſatiata quæſtu, vel contenta potius, ut ſæpè ex alto in portum ex portu ipſo ſe in agros poſſeſſioneſque contulerit, videtur jure optimo poſſe laudari.* Imò aliquando ipſi mercatores in pœnam negotiatione abſtinere cogebantur, cum tamen nemo ad exercendam negotiationem cogi poſſet *l. 9. §. ſunt autem. & alia; cum §. ſeq. ff. de pæn.* licet plerumque id fieri non debeat *l. illicitas 6. §. neque ff. de offic. Præſid. l. 2. ff. de jur. patron.* Pantapolis interdictum, ne Romæ eſſent. Id poſtmodum eis conceſſum eſt Valentiniani novellâ Conſtitutione circa annum Salutis Noſtræ 440. *Pantapolæ* ſunt negotiatores, qui omnia vendunt: & locus, ubi vendunt, *Pantapolion* appellatur, ut ait Pollux *lib. 7. cap. 3.* Præterea prohibebantur Romani mercaturæ causâ ultra Niſibin, Callinicum, & Artaxatam proficiſci *l. 4. C. de comm. & merc.* & pœna proſcriptionis bonorum, & perennis exilii conſtituitur, ſi contra fecerint *l. ult. C. eod.* Interdictum etiam erat mercatoribus, ne mercimonii causâ Barbaris aurum præberent. *l. 2. C. eod.*

Sed quorſum hæc? Nimirum pernicioſum erat Romanæ Reip. mercimonium, non utile, præſertim in illa vetere diſciplina. Videbitur hoc inauditum; ſed certè pernicioſum Urbibus mercimonium dicitur in *l. nobiliores 3. C. de commer. & merc.* Cauſam ego deinceps aperiam. Eſt utilis civitatibus multis de 10 cauſis negotiatio. Primùm eam comparandis Regum amicitiis, & conciliandis Barbarorum animis utilem eſſe teſtatur Plutarchus. Præterea publica vectigalia mirum in modum auget, & Reip. proventus, & quo plures in Urbem confluunt mercatores, πλεῖον μισθοφοροῖτε, καὶ πλεονεορεῖτε: *plus mercedis, ac tributi redigitur*, ut ait eleganter Xenophon *in lib. de redit. in princ.* Denique hac de cauſa, & omnium rerum copiâ, & opum affluentiâ, & hominum multitudine florent civitates. Apud Diod. Sicul. *lib. 11. Biblioth.* Themiſtocles ἔπεισε τὸν δῆμον καθ' ἕκαστον ἐνιαυτὸν πρὸς ταῖς ὑπαρχούσαις ναυσὶν, εἴκοσι τριήρεις προσκατασκευάζειν, καὶ τοὺς μετοίκους, καὶ τοὺς τεχνίτας ἀτελεῖς ποιῆσαι, ὅπως ὄχλος πολὺς εἰς τὴν πόλιν πανταχόθεν κατέλθῃ, καὶ πλείους τέχνας κατασκευάσωσιν εὐχερῶς· ἀμφότερα γὰρ ταῦτα χρησιμώτατα πρὸς ναυτικῶν δυνάμεων κατασκευὰς ὑπάρχειν ἔκρινεν. *Perſuaſit etiam Populo, ut præter naves, quas haberent, viginti triremes quotannis ædificarent, ut inquilinos, & artifices immunitate donarent, ut & magna undequaque multitudo in Urbem conflueret, & magnam artificiorum varietatem facilè compararent; utrumque enim ad augendam, conſtituendamque in mari potentiam uti iſſimum judicabat.* Et quidem Athenis immunitas mercatoribus erat tributa. Interp. Ariſtoph. in Pluto: τινὲς τῶν πολιτῶν, ἰδίᾳ χρημάτων ἦν εἰσφορὰ πρὸς τὴν πόλιν, τὴν ἐμπορίαν ἐπροφασίζοντο, τὴν εἰσφορὰν βουλόμενοι φυγεῖν. Ἀξιοῦσι γὰρ οὗτοι διεφυλάττοντο (ὥς φησιν Εὐφρόνιος) ὡς τὴν πόλιν ὠφελοῦντες πλεῖστα διὰ τῆς αὐτῶν ἐμπορίας. *Ex civibus quidam cum facultatum ſuarum Civitati tributum pendere deberent, ut illud vitarent, negotiationem ſuam cauſabantur. Immunitate enim gaudebant mercatores, quippe qui ſuâ negotiatione plurimùm Civitati prodeſſent.*

Verumtamen hæc ad Romanos non pertinent, qui alia via aggreſſi ſunt. Ipſi tùm benignitate, tùm metu, tùm potentia Barbaros continere; victoriis, prædâ, triumphis, vectigalibus, & tributis devictarum Gentium opes Civitatis amplificare: augere Populi frequentiam, & Nationes omnes allicere

ſplendore Urbis, ludorum, & ſpectaculorum magnificentiâ, frumentatione, manu-
11 miſſionibus. An verò ulla alia ratio adſciſcendæ multitudinis à Romanis erat exquirenda, à quibus ad exhauriendam Civitatem ſupra centum & ſexaginta coloniæ deductæ in ſolam Italiam numerantur, cùm, quaſi ſuperfluentem ſanguinem, multitudinem emittere cogerentur? Quicumque inquirere voluerit in cenſus habitos Luculli, Auguſti, Claudii temporibus, certè non deſiderabit negotiationem ad augendam Populi frequentiam. Juv. *Jampridem Syrus in Tyberim defluxit Orontes.* Nec mercatorum induſtriam requiret ad opes Civitatis amplificandas, quicumque noverit civium Romanorum opulentiam ferè incredibilem. Nota eſt illa vox Craſſi negantis divitem eſſe, qui exercitum ſuis fructibus alere non poſſet. Latiſſimè patet hic campus. Ego non progrediar longius. Hoc tantum moneo ex Olympiodoro apud Photium. Rebus Romanis jam afflictis ſub Honorio, & Arcadio multas domus Romanorum annui redditus coëgiſſe quatuor millia auri pondo ex poſſeſſionibus, ac tertiam præterea partem ex tritico, vino, & aliis rebus redigere potuiſſe, ſi vendidiſſent.

Quid potuit tantis opibus addere negotiatio? imò verò multum detrahebat, qua de cauſa pernicioſa habebatur. Luculentiſſimus teſtis eſto Plinius, qui *lib.* 12. *c.* 18. queri-
12 tur, annis omnibus ab India, atque Arabia millies ſeſtertiûm Imperio Romano adimi. Idem *l.* 6. *c.* 23. *Indigna res, nullo anno imperii noſtri minus ſeſtertiûm quingenties exhauriente India, & merces remittente, quæ apud nos centuplicato veneant.* Immenſa propemodum eſt hæc ſumma in res Indicas conſumpta: conficit enim noſtrorum aureorum centum & viginti quinque milliones. Incredibilis planè res; itaque puto Romæ venditas fuiſſe quingenties, non in India, hoc eſt aureis noſtris 1250000. Adde jam merces ex Arabia advectas, advectas ex tot aliis Provinciis, ex quibus quicquid erat eximium Romam advehebatur. Præclarè Sidon. Apollin. *Carm.* 5.

— tum quæque ſuos Provincia fructus
Expoſuit, fert Indus ebur, Chaldæus amomum,
Aſſyrius gemmas, Ser vellera, thura Sabæus,
Atthis mel, Phœnix palmas, Lacedæmon olivum,
Argos equos, Epirus equas, pecuaria Gallus,
Arma Chalybs, frumenta Libes, Campanus Jacchum,
Aurum Lydus, Arabs guttam, Panchäia myrrham,
Pontus caſtorea, blattam Syrus, æra Corinthus.

Hæc omnia auro, atque argento commutabantur: Româ enim nihil aſportabatur ad exteros, unde poſſent merces cum mercibus commutare. Athenienſibus proderat negotiatio, quia, ut ait Xenophon, maxima rerum erat ad exportandum copia. Romanis nocebat, quia Cives auro, atque argento emungebat. Hinc ab Imperatoribus prohibitum eſt aurum Barbaris præberi in *l.* 2. *C. de com. & merc.* Quod & multo ante fuerat conſtitutum. Cic. *pro L. Flacco. Exportari aurum non oportere, tùm ſæpè ante Senatus, tùm me Conſule graviſſimè judicavit.* Quid? quod ea luxum invexit, peſtem virtutum, perniciem Reipubl. excidium Imperii. Juven.

— Sævior armis
Luxuria incubuit, victumque ulciſcitur Orbem.

Incubuit poſt domitam Aſiam, unde omnes deliciæ in Urbem confluebant, & Imperium, quod æternum forè videbatur enervavit, diſſipavit, evertit. Itaque benè, ac ſapienter veteres Romani negotiationem privilegiis non fovebant, quem morem poſteri etiam diu retinuerunt.

Enim verò non ignoro, multa tùm in Jure noſtro, tum apud Veteres rerum geſtarum Scriptores reperiri in favorem mercatorum conſtituta. Legimus apud Suetonium *in* 13
Claudio c. 18. *&* 19. *propoſuiſſe fabricantibus*

naves mercaturæ cauſâ magna commoda, magna lucra negotiatoribus, ſuſcepto in ſe damno, ſi cui quid per tempeſtates accidiſſet. Legimus in Tacito *Ann. lib.* 13. à Nerone conſtitutum, ne cenſibus negotiatorum naves adſcriberentur, tributumque pro illis penderetur. Apud Lampridium *in vita Alexandri Imperatoris*, ab eo conceſſam negotiatoribus immunitatem. Ulpian. in *l.* 1. §. *licet* 20. *ff. de exercit. action. Ideò autem ex voluntate in ſolidum tenentur, quia ad ſummam Remp. navium exercitio pertinet.* Cætera omitto, mox enim referemus opportuniùs.

Verùmtamen animadvertendum eſt, hæc omnia referenda eſſe ad negotiatores frumentarios, qui ſuis navibus, induſtriâ, vigiliis, Urbis annonæ providebant. Magna, ac certa lucra propoſuit Claudius negotiato-
14 ribus: nimirum quia: *Cum in ſumma annonæ caritate à turba detentus in foro, conviciiſque, ac ſimul fragminibus panis ita inſtratus eſſet, ut ægrè, ac niſi poſtico poſſet evadere, nihil non ex eo cogitavit ad invehendos etiam in tempore hyberno commeatus.* Idem Claudius tribuit Civitatem Romanam ei, qui navem fabricaſſet capacem decem millium modiorum frumenti, & Romam ſex annis frumentum portaſſet, ut refert Ulpianus noſter in fragmentis *Inſt. tit.* 3. *de Latinis.* Hùc etiam pertinet *l.* 3. §. *Senatuſc. ff. de inc. ruin. naufrag.*

Nero negotiatores immunitate donavit. Ad quos pertineat hoc privilegium nos docet Scævola in *l.* 3. *ff. de vacat. & exc. His, qui naves marinas fabricaverunt, & ad annonam Populi Romani præbuerunt, non minores quinquaginta millium modiorum, aut plures ſingulas non minores decem millium mo-*
15 *diorum, donec hæ naves navigant, aut alia in earum locum, muneris publici vacatio præſtatur ob navem.* Poſſunt hæc referri ad Marcum Antoninum, qui Scævola valdè uſus eſt, & rei frumentariæ graviter providit: ſed non ſine cauſa quis hæc ad Neronem referat, nam Marcus *magis Jus vetus reſtituit, quàm novum fecit.* Capitol. *in ejus vit.* Ut ut ſit, conſtat Neronis privilegium ad negotiatores frumentarios ſolummodò pertinere. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Temperata apud tranſmarinas Provincias frumenti ſubvectio: & ne cenſibus negotiatorum naves aſcriberentur, tributumque pro illis penderent, conſtitutum.* Hujus conſtitutionis occaſionem petere poſſumus à Sueton. *in Nerone c.* 45. *Ex annona quoque caritate luctantium accrevit invidia. Nam & fortè accidit, ut in publica fame Alexandrina navis nuntiaretur pulverem luctatoribus aulicis advexiſſe. Quare omnium in ſe odio concitato, nihil contumeliarum defuit, quin ſubiret.* Aurelianus quoque Imperator apud Vopiſc. ita gloriatur. *Inter cætera, quibus Diis faventibus Romanam Remp. juvimus, nihil mihi eſt magnificentius, quam quod additamento unciæ omne annonarum urbicarum genus juvi; quod ut eſſet perpetuum, navicularios Niliacos apud Ægyptum novos, & Romæ amnicos poſui, Tiberinas extruxi ripas.*

Eodem referenda eſt etiam immunitas conceſſa negotiatoribus ab Alexandro Severo. Lamprid. *in ejus vita. Commeatum Populi Romani ſic adjuvit, ut cùm frumenta Heliogabalus evertiſſet, vicem de propria pecunia loco ſuo reponeret. Negotiatoribus, ut Romam volentes concurrerent, maximam immunitatem dedit.* Rectè hunc locum interpretari poſſumus ex Calliſtrato, qui ſub hoc Imperatore floruit. Hic in *l.* 5. §. *negotiatores ff.* 16
de jure immun. Negotiatores, qui annonam Urbis adjuvant, item navicularii, qui annonæ Urbis ſerviunt, immunitatem à muneribus publicis conſequuntur, quamdiu in hujuſmodi actu ſunt. Et Paulus cujus conſilio Alexander utebatur *in l.* 9. §. *ult. ff. de vacat. Paulus reſpondit, privilegium frumentariis negotiatoribus conceſſum etiam ad honores excuſandos pertinere.* Quamobrem dubitandum non eſt, eodem pertinere *l.* 1. §. *licet* 20. *ff. de exercit. act.* quæ eſt Ulpiani, cujus etiam conſilio utebatur Alexander Imperator. Habebant quoque navicularii corpus, quod immunitate gaudebat *l.* 1. *ff. quod cujuſque univerſ.* ſed ut immunitate gauderent, aut navigare debebant, aut majorem ſubſtantiæ partem ad ſubvehendam annonam in mercatura habere *l. ſemper* 5. §. *licet* 6. *ff. de jur.*

immun. Quo referenda etiam eſt *l. Severus 9. §. 1. ff. de Decur.* ubi navicularii Decuriones fieri prohibentur.

Eadem immunitas ab omnibus oneribus, & muneribus tributa eſt naviculariis à Conſtantino Imperatore in *l. 5. 7. & toto tit. Cod. Theod. de navic.* ſed & hæc ad juvandam annonam Urbis Conſtantinopolitanæ, quam quadriennio antè ædificaverat, ac dedicaverat, videntur conſtituta *l. pro commoditate 7. & l. provideatur 28. Cod. Theod. de navicular.*

Ex his conſtat, privilegia omnia negotiatoribus conceſſa ad rem frumentariam pertinere. Sed quorſum tanta frumenti advehendi cura? Nimirum Romanus ager alendæ tantæ multitudini impar erat, & ad ſedandam famem frumentum ex Sardinia, Sicilia, Africa, Hiſpania advehendum. Tacit. *lib. 12. Annal. Nec nunc infœcunditate labo-*
17 *ratur, ſed Africam potius, & Ægyptum exercemus, navibuſque, & caſibus vita Populi Romani permiſſa eſt.* Plin. *in Paneg. Percrebuerat antiquitus, Urbem noſtram, niſi opibus Ægypti ali, ſuſtentarique non poſſe.* Cœpit & Populo diſtribui frumentum ab Ædilibus primùm pretio minimo, mox etiam gratis. Manius Marcius Ædilis primus frumentum aſſibus in modios Plebi diviſit: ut refert Plin. *lib. 18.* C. Gracchus ſemiſſe & triente. Clodius legem annonariam tulit, ut frumentum gratis populo daretur. Nec parva ea ſumma. Impenſa in eam rem Catonis tempore, ut refert Plutarchus, mille ducenta, & quinquaginta talenta. Julius Cæſar captâ Africâ viginti myriades medimnorum Plebi alendæ Romam intulit: ſunt duodecies centena millia modiûm. Modius pendebat ſupra viginti libras, plus minus viginti quinque. Refert P. Victor, Auguſtum ex Ægypto annua ducenties centena millia modiûm advexiſſe. Duplum ex Africa advehebatur, ut refert Joſephus. Non aſſentior Lipſio, qui ſummam minuendam putat. Licèt enim ea ſumma Populo non diſtribueretur, tamen curandum erat, ne & reliqua multitudo fame premeretur, & frumento indigeret. Severus reliquit canonem frumentarium ſeptem annorum, ita ut quotidiana ſeptuagena quina millia modiûm expendi poſſent. Hoc in ſeptem annos ali commodè poterant ſexcenta millia hominum. Juſtiniano noſtro imperante ex Ægypto Conſtantinopolin advehebantur octogies centena millia modiorum. *Edict. Juſtin. 13. cap. 8.* Tanta autem erat hujus frumentationis cura, ut Auguſtus tridui frumento in horreis viſo, ſtatuerit veneno mori, ſi è Provinciis interea claſſes non veniſſent. Conſule *l. un. C. de Nili agger. l. 1. & 2. C. de nav. non excuſ. l. un. C. ne quid on. publ. l. provideatur 28. C. Theod. de navic. l. 4. 8. & 9. C. eod.*

CAPUT XIV.

AD L. QUOD PUPILLUS *ff. de cond. ind. & l. pupillus ff. de oblig.*

SUMMARIUM.

1 *Pupillaris ætas in tres diſtincta.*
2 *Pupillus pubertati proximus naturaliter obligatur. & n. 4.*
3 *Etiam hic quoad aliquos actus nullum animi judicium habere dicitur.*
5. 6. *Naturalis obligationis effectus.*
7 *Quos effectus pariat in perſonam pupilli.*
8 *Novatio facta à pupillo, quando valeat? & n. 9.*
10 *Obligatio naturalis pupilli in aliorum perſona omnes parit effectus.*
11 *Explicantur* l. pupillus ff. de obl. & act. l. quod pupillus ff. de cond. indeb.
12 *Novatio à pupillo facta valet in perſona debitoris, & creditoris, ſecus in perſona pupilli.*
13 *Quæ non habent effectum, nulla dicuntur in Jure noſtro.*
14 *Impedimentum extrinſecum tollit effectum, non deſtruit ſubſtantiam.*
15 *Quando pupillus ſolvens repetere non poſſit.*

PUpillus aut eſt infans, aut infantiæ proximus: in tres enim partes dividitur ætas 1
pupillaris. Infans eſt minor ſeptem annis *l. ſi infanti C. de jur. delib. l. 1. §. ſufficit. ff. de admin. tut.* Infantiæ proximus à proximo pubertate diſtinguitur non tam ætate, quàm ingenio, calliditate, malitiâ. Certiſſimo argumento eſſe poteſt, quod Veteres in his diſtinguendis numquam ætatis, ſemper in-

tellectûs, & malitiæ meminerunt, & pupillos, non infantes, alios habere intellectum dixerunt, alios non habere: item aut eſſe doli ac delicti capaces, aut non eſſe *l. pupillum* 111. *ff. de Reg. Jur.* §. *ſed quod diximus Inſtit. tit. de inutil. ſtip. l. excipiuntur ff. ad S. C. Silan. l.* 1. §. *an in pupillum ff. depoſ.* Quoniam verò ingenii vis in aliis citius, in aliis ſerius perficitur: idcircò à Veteribus nulla certa ætas eſt definita. Quamobrem exiſtimaverim veroſimillimam eſſe ſententiam eorum, qui putant id totum arbitrio Judicis committendum *l.* 1. §. *ult. ff. de jur. delib.*

Pupillus pubertati proximus cùm intelligat id quod agit, ſit doli capax, ex delicto obligetur, ut conſtat ex modò laudatis legibus, utique & ex conventione ſua poterit obligari ſine tutoris auctoritate, non quidem civiliter *l. obligari* 9. *ff. de auctor. tut. princ. tit. Inſtit. eod.* niſi quatenùs factus fuerit locupletior *l.* 1. *in princ. l.* 5. *in princ. ff. de auctor. tut. l.* 1. §. *an in pupillum ff. depoſ. l.* 3. §. *pupillus. l. ſi pupilli* 6. *in princ. l. Neſennius* 34. *ff. de negot. geſt.* ſed naturaliter. Naturalis enim obligatio æquitatis vinculo ſuſtinetur *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut.* æquitas autem naturalis pacta ſervari ſuadet *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de conſt. pecun.* Hujuſmodi pupillus, & intelligit, id quod agit, & id agit, ut obligetur: naturâ igitur æquum eſt eum obligari: nec Jus Civile tollit naturales obligationes *l. eas obligationes* 8. *in fin. ff. de cap. min. l. ubi pugnantia* 188. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* §. *ſed naturalia Inſt. tit. de Jure Nat.*

Porro ſunt quidam actus, qui non ſolùm intellectum, ſed ſtabilis, & conſtantis judicii maturitatem requirunt. Quoad hos actus etiam pupillus proximus pubertati nullum
3 judicium habere dicitur, quia ejuſmodi judicium non habet, cujuſmodi requiritur in his actibus celebrandis: ut cùm agitur de condendo teſtamentum §. 1. *Inſtit. tit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* de judicando *l. cùm Prætor* §. *non autem ff. de judic.* de deferendo reos falſam monetam cudentes *l.* 1. *C. de falſ. monet.* de ſuſtinenda perſona procuratoris §. *juſta Inſt. tit. quib. ex cauſ. man. non lic. l. ſi collectaneum* 13. *ff. de manum. vind.*

Caret igitur pupillus etiam pubertati proximus eo judicio, quod deſideratur ad cele-
brandos hos actus: non caret eâ intelligen- 4
tia, quæ requiritur, ut intelligat id quod agit in contrahendo, vel in delinquendo, & quæ deſideratur ut naturaliter obligetur. Itaque cum naturaliter obligari conſtat ex *l. hoc jure* 19. §. *ſi quis ſervo ff. de donat. l. ult. in princ. ff. de jurejur. l. cùm illud* 25. §. 1. *ff. quan. dies leg. ced. l. ſi ejus pupilli* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. ſi pupillus* 21. *in princ. ff. ad L. Falcid. l.* 1. *in fin. ff. de novat. l. Stichum* 95. § *aditio ff. de ſolut. l. ſi pupillus* 127. *ff. de V. O. junctâ l. fidejuſſor. in princ. & in* §. *fidejuſſor ff. de fidejuſſ.*

Contrarium tamen disertè traditum eſt in *l. pupillus ff. de oblig. & action. in l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* quæ torſerunt in-
genia omnium Interpretum. Ego veriſſimam 5
eſſe puto interpretationem Donelli in *l. ſi pupillus* 127. *ff. de V. O.* quam confirmare conabor, eademque opera vim naturalis obligationis à pupillo contractæ luculentius, quàm hactenus alii præſtiterint, explicare.

Vis naturalis obligationis ſpectatur in effectis, quæ non repugnante, imo permittente, & approbante Jure Civili, ab ea promanant. Effectus naturalis obligationis ſunt partim per acceſſionem, partim prin-
cipales. Per acceſſionem, veluti quod ei 6
obligationi poteſt accedere fidejuſſor *l. ſtipulatus* 6. *in fin. l. fidejuſſor* 16. § *fidejuſſor. ff. de fidejuſſ.* §. 1. *Inſtit. tit. de fidejuſſ.* quod poteſt accedere pignus *l. res hypothecæ* 5. *ff. de pignor.* quod naturale debitum poteſt conſtitui *l.* 1. §. *debitum ff. de conſtit. pecun.* quod hæc obligatio poteſt novari *l.* 1. *in princ. ff. de novat.* & quod novatio fit, etiamſi civilis obligatio in naturalem obligationem transfundatur *d. l.* 1. § 1.

Effectus principales ſunt ferè duo, compenſatio, & retentio. Naturale debitum etiam cum civili poteſt compenſari *l. etiam* 6. *ff. de compenſ.* Poteſt etiam retineri à na-

Digitized by Google

turali creditore, ſi ad eum pervenerit id, quod ipſi naturaliter debebatur. Itaque ſi ei ſolutum fuerit, ab eo repeti non poteſt, nec cogi ad reſtituendum *l. naturales.* 10. *ff. de oblig. & act. l. naturaliter* 13. *l. ſi pœna* 19. *l. ſi non ſortem §. libertus ff. de condict. indeb.* Item ſi creditor ſuccedat debitori, retinere poteſt quod ſibi naturaliter debebatur *l. Stichum §. aditio ff. de ſolut.* Tranſit enim etiam obligatio naturalis in hæredem, & ab hærede in fideicommiſſarium *l. quamvis* 40. *in princ. ff. ad S. C. Trebell.* & ſi debitor ſolverit hæredi creditoris, hæres hoc quoque tenetur reſtituere fideicommiſſario *l. ſi hæredi* 47. *ff. eod.* Quod ſi Falcidia detrahenda ſit, ſicut hæres deducere poteſt id, quod ſibi civiliter debebatur *l. in imponenda C. ad. Leg. Falc. l. qui fundum* 87. *§. ſi quis hæredem ff. eod.* ita deducere poteſt, ac retinere id, quod naturaliter ei debebatur *d. l. Stichum §. aditio.*

Verumtamen non omnium obligationum
7 naturalium eadem vis eſt. Quantum attinet ad pupilli obligationem, de ea ita habendum. Aut obligatio pupilli conſideratur in perſona ipſius pupilli, aut in perſona aliorum. Quoad perſonam pupilli, non immeritò nulla dicitur, quia contra pupillum nullam vim habet. Quid ita? quia contracta eſt ſine tutoris auctoritate, ſine qua pupillus conditionem ſuam deteriorem facere non poteſt. *princ. tit. Inſtit. de auctor. tut.* hæc certiſſima Juris Civilis regula vim omnem naturalis obligationis enervat, cùm ea exerceri debet contra ipſum pupillum. Itaque ſi pupillus ſolvat id, quod debet, ſine tutoris auctoritate, repetere poteſt, *l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* non quia id naturaliter non debeatur, ſed quia perſona pupilli, ejuſque privilegium facit locum repetitioni *l. interdum ff. eod.* Quod ſi ea obligatio in alium transferatur, veluti in hæredem ipſius pupilli, & hic ſolverit, repetere non poterit *l. ſi ejus pupilli. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Retentionem quoque, quam non parit hæc obligatio vivente pupillo, parit eo mortuo *l. Stichum §. aditio ff. de ſolution.* Ergò naturalis obligatio pupilli nullam vim habet adverſus pupillum, non quia ipſa ſit hebes, & infirma per ſe & nulla; ſed quia impenetrabilis eſt perſona pupilli, & auctoritate Juris Civilis defenſa. Atque eadem ratione, nec compenſatio admittetur in perſona pupilli, nam & ipſa quædam ſpecies eſt retentionis, ipſa quoque pupillo noceret.

Idem ferè conſtitutum eſt in novatione. Docet nos Juſtinianus pupillum ſine tutoris auctoritate ſtipulari poſſe, promittere autem non poſſe. *princ. tit. Inſtit. de auctor. tutor.* In novatione contrarium eſt conſtitutum. Fit novatio promittente pupillo: non fit novatio pupillo ſtipulante. Nihil enim nocet 8
pupillo novatio cùm promittit; quia ipſe naturaliter ſolum obligatur; quæ obligatio pupillum non lædit, ut diximus. Habet ſuum effectum hæc obligatio naturalis, per eam enim ſuſtinetur novatio *l. 1. in fin. ff. de novation.* Nocet etiam hæc obligatio: non tamen perſonæ pupilli, ſed perſonæ creditoris, qui rem amittit: prior enim debitor liberatur, & pupillus, in quem transfunditur obligatio prioris debitoris, eſt omninò immunis *§. præterea Inſtit. tit. quib. mod. toll. oblig.* Idem dicendum ſi pupillus promittat, ut novet ſuam obligationem: ipſe liberabitur à priori obligatione civili & efficaci, & tenebitur ſolum obligatione naturali, quæ quoad ejus perſonam erit inutilis, & nulla *l. 1. in fin. ff. de novat.* Utroque igitur caſu valet novatio promittente pupillo: primò quia novatio pupillo non nocet: ſecundò quia prodeſt. Meliorem autem conditionem ſuam facere poteſt pupillus ſine tutoris auctoritate *princ. tit. Inſt. de auctor. tutor.*

Contrà verò ſi pupillus ſtipuletur, non fiet novatio. Et hoc eſt quod traditur à Paulo in *l. novare* 20. *§. 1. ff. de novat. Pupillus ſine tutoris auctoritate non poteſt novare; tutor poteſt, ſi hoc pupillo expediat.* Novat enim 9
qui ſtipulatur. Is poteſt novare, cui rectè ſolvitur *l. cui rectè ff. de novat.* Pupillo non rectè ſolvitur, & ideò novare non poteſt. *l. pupillo* 15. *ff. de ſolution.* Nocet enim novatio pupillo, quia liberat debitorem ab obligatione, & obligationem à ſe alienat,

Digitized by Google

quam alienare non poteſt *d. l. pupillo*, etiamſi ei ſoluta ſit pecunia debita *§. nunc admonendi Inſtit. tit. quib. alien. lic. vel non.* Quamvis enim loco debitoris liberati alium debitorem accipiat, qui fortaſsè poteſt eſſe magis idoneus, ac proptereà poſſit expedire pupillo novatio *d. l. pupillo*: tamen quatenus liberat priorem debitorem, novatio ei nocet, & ideò eſt irrita. Eſt enim hoc damnum certum, utilitas autem incerta, quam expendere pupilli non eſt. Itaque quod ſibi à Titio debetur, non poteſt pupillus à Cajo ſtipulari novationis cauſâ, ut Titium dimittat. Sed nec delegare poteſt debitorem ſuum creditori *d. l. pupillo.* Quia delegando eum dimittit, & alienat obligationem. Alium tamen, qui debitor non eſſet, & pro pupillo promitteret animo donandi, poteſt delegare, quia hæc delegatio non poſſet nocere pupillo, nec quicquam alienaret.

Ex his conſtat, naturalem obligationem pupilli in ejus perſona conſideratam nullam vim habere. Quod ſi conſideretur in perſona aliorum, tunc omnes vires ſuas exerit, neque enim ipſam infringit perſonæ conditio.
10 Ideò parit omnes effectus per acceſſionem, qui ad aliorum perſonam referri ſolent. Si pupillus promittat novationis causâ, contingit novatio, ut diximus, & prior debitor liberatur *l. 1. in fin. ff. de novat. §. prætereà Inſtit. tit. quib. mod. toll. oblig.* ſi pro pupillo quis fidejuſſerit, tenetur fidejuſſor *l. ſi pupillus 127. ff. de fidejuſſ.* Quod de fidejuſſore traditum eſt, obtinere in pignore, ſiquidem non ipſe pupillus, ſed alius ejus nomine rem ſuam pignori dederit, ambigendum non eſt *l. res hypothecæ 5. ff. de pignor. l. etſi is 9. C. de præd. minor.* Item quod de novatione diximus, idem de obligatione conſtitutæ pecuniæ dicendum eſt, ſi quis conſtituat, ſe ſoluturum quod à pupillo debetur *l. 1. §. debitum ff. de conſtit. pecun.* Effectus quoque principales habet in perſona aliorum, ſiquidem ad eos tranſlata ſit obligatio pupilli, ut paulò ante diximus: neque enim tunc quicquam ei obſtat, quominus omnem vim ſuam exerat naturalis obligatio. Semotâ enim pupilli perſonâ nihil eſt ei impedimento, quominus ſe explicet, & vires omnes effundat.

His probè conſtitutis, quæ veriſſima ſunt, mirari non debemus, ſi Veteres conſiderantes hanc obligationem quoad perſonam pupilli, ſtatuerunt eam nullam eſſe, pupillum nec naturâ debere, nec Naturali Jure 11
obligatum eſſe, *l. pupillus ff. de oblig. & action. l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* Quid enim debet pupillus, aut quorſum eſt obligatus, ſi adversùs illum nullam vim habet obligatio? Obligationum ſubſtantia in eo conſiſtit, ut nos obſtringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum ſubſtantia ff. de oblig. & action.* Majori neceſſitate nos obſtringit obligatio civilis, minori naturalis. Utraque tamen vinculum eſt *l. Stichum 95. §. aditio ff. de ſolution. princ. tit. Inſtit. de obligat.* Atqui in perſona pupilli nullum eſt ejuſmodi vinculum, quod habeat ullam vim ejus adſtringendi, aut habeat ullum effectum: vim enim omnem retundit Jus Civile, & omnem effectum tollit.

Hinc rectè Juſtinianus noſter in *§. prætereà Inſtit. tit. quib. mod. toll. oblig. Si id quod tu* 12
Titio debes, à pupillo ſtipulatum fuerit ſine tutoris auctoritate, res amittitur, nam & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt. Videtur hoc planè abſurdum. Si poſterior obligatio nulla eſt, non poteſt liberari prior debitor: non poteſt enim tolli prior obligatio niſi nova naſcatur *d. §. prætereà, & l. 1. in princ. ff. de novation.* Nec poteſt dici nulla obligatio, per quam fit novatio, per quam contingit liberatio debitoris, præſertim quià non alia de cauſa fuit inſtituta: habet igitur effectum, quem voluerunt contrahentes, qui novandi animo contraxerunt. Videtur igitur pugnantia loqui Imperator noſter. Eſtne hoc ita? minimè verò. Eadem ratione qua J. C. in *l. pupillus ff. de oblig. & action. & in l. quod pupillus ff. de condict. ind.* dixerunt pupillum nec natura debere, nec naturaliter obligari, dixit & Imperator pupilli nullam eſſe obligationem. Nimirum quando conſideravit perſonam creditoris, qui rem amittit, perſonam debitoris, qui liberatur, agnovit vim

Digitized by Google

vim naturalis obligationis: ſed quando conſideravit perſonam pupilli, dixit nullam eſſe obligationem, cùm enim ea vim ſuam exercere non poſſit adverſus pupillum, creditor rem amittit, à pupillo nihil ſperare poteſt.

Neque novum eſt, obligationem nullam dici, conſiderato impedimento, quod ipſi reſiſtit, licèt per ſe ipſa ſubſiſtat, & naturâ ſuâ ſit efficax. Obligatio merè civilis dicitur
13 efficax in §. *prætereà Inſtit. tit. de exception.* eadem dicitur nulla in *l. ſi dari 25. ff. de V. O.* Nimirum Imperator in *d. §. prætereà* conſideravit actionem, quam parit hæc obligatio. Pomponius contrà in *l. ſi dari* conſideravit exceptionem, qua eliditur, & infringitur actio. Obligatio in diem ſtatim naſcitur, & in diem differtur ſolutio *l. centeſimis 46. ff. de V. O. §. omnis Inſt. eod. l. cedere diem ff. de V. S.* dicitur tamen naſci ex die *l. obligationum ferè §. 1. ff. de oblig. & act.* & non dicitur deberi ſtatim, ſed poſt diem, & futura dicitur obligatio *l. eum qui Calendis §. 1. l. ſi ſtipulatus 76 §. 1. ff. de V. O. l. 1. §. 1. l. ſi in annos ff. de cond. & demonſt.* Quid ita? quia licet ſtatim debeatur, ſtatim nata ſit obligatio, tamen impeditur effectus exactionis *l. nihil peti ff. de Reg. Jur. l. centeſimis ff. de V. O.* Eſt & cognatio ſervilis, quæ in nuptiis conſideratur *§. illud certum, Inſtit. tit. de nupt. princ. tit. Inſtit. de ſervil. cognat.* quia tamen nullus eſt ejus effectus in ſervitute, ideò nulla cognatio in ſervis eſſe dicitur *l. 1. §. 2. ff. unde cogn. l. ult. §. non parcimus ff. de gradib. & affin.*

Illud tamen doctis quibuſdam Viris abſurdum videtur, quod obligatio naturalis conſiſtat in perſona pupilli, eaque ſit ſine effectu, cùm poſitâ cauſâ effectus neceſſariò conſequatur, eoque deficiente ipſa quoque cauſa deficiat.

Sed nullius momenti eſt hujuſmodi argumentum: hæc enim vera ſunt ſolummodò, cùm effectus deficit propter impedimentum, ac vitium intrinſecum cauſæ: videlicèt cùm cauſa ipſa per ſe non eſt idonea ad producendum effectum. Cæterum cùm cauſa non producit effectum propter impedimentum extrinſecus obveniens, poteſt eſſe cauſa ſine effectu. Homo dormiens, homo delirus, 14
aut furioſus, non eò minus eſt animal rationale, quod in eo ratio ſit ſine effectu. Gladius non eò minus eſt acutus, & per ſe aptus ad feriendum, quod vagina ſit incluſus. Remove vaginam, & experire. Si novaculam impingas adamanti, non cædet; hoc fit adamantis duritie, non novaculæ hebetudine. Remove perſonam pupilli, quæ retundit aciem naturalis obligationis, & non erit ſine effectu. Perſona pupilli refringit vires obligationis *l. interdum ff. de condict. indeb.* non imbecillitas obligationis. Itaque vires ſuas exerit contra alios, non contra pupillum. Pupilli non poſſunt de rebus ſuis diſponere, neque eas alienando *l. pupillus 11. ff. de acquir. rer. dom. l. obligari. 9. §. pupillus ff. de auctor. tutor.* neque de illis teſtando *§. prætereà Inſtit. tit. quib. non eſt perm. fac. teſtam.* Num idcircò domini non ſunt? falſum *§. nunc admonendi Inſtit. tit. quib. alien. lic.* Libertas eſt facultas faciendî quod libet *§. & libertas Inſtit. tit. de jure perſon. l. 4. ff. de ſtatu homin.* Capti à latronibus non poſſunt facere quod libet, & tamen liberi ſunt *l. hoſtes ff. de capt. & poſtlim.* Nimirum non deeſt facultas naturalis, ſed vi externâ impeditur. Obligationum præcipuus effectus eſt, ut pariant actionem *l. licèt §. ea obligatio ff. de procur. l. actionum ff. de oblig. & action.* qua debitor adſtringatur, & cogatur ad dandum *l. obligationum ſubſtantia ff. de oblig. & action.* Stipulatio in diem ſtatim parit obligationem. *l. cedere diem ff. de V. S. l. centeſimis ff. de V. O. §. omnis Inſtit. eod. &* tamen ante diem nihil peti, nihil exigi poteſt *l. nihil peti 186. ff. de Reg. Jur. l. certi. 9. ff. de reb. credit.* Non deficit obligatio, ſed adjectio diei impedit, ac differt ejus effectum *d. §. omnis Inſtit. tit. de V. O.* Obligatio, cui obſtat exceptio aliqua perpetua, eſt vera obligatio, & producit actionem, ſed tamen neque ex ea obligatione promanat effectus, qui ex aliis obligationibus ſolet provenire obſtante exceptione *§. 1. Inſtit. tit. de except.*

Illud quoque falſum eſt, eſſe ſine effectu naturalem obligationem pupilli, cùm vires ſuas exerceat tùm in acceſſionibus, tùm adverſus eos, in quos tranſlata fuit obligatio, ut paulo ante demonſtravimus. Imò & adverſus ipſum pupillum, quoties non repugnat regula illa, quâ ſtatuitur pupillum ſine tutoris auctoritate conditionem ſuam non poſſe facere deteriorem. Itaque ſi pupillus cum auctoritate tutoris promittat id, quod naturaliter debebat, obligabitur, neque
15 enim hæc promiſſio erit donatio, ſed debiti ſolutio *l. hoc jure §. ſi quis ſervo ff. de donat.* Unde intelligimus, quod etſi tutore auctote ſolverit, quod naturaliter debebat, non poterit repetere, cùm ſit debiti ſolutio *d. l. hoc jure.* Itemque ſi pubes factus ſolverit, non repetet, agnovit enim naturalem obligationem, poſtquam perſona ejus amplius non facit locum repetitioni, argum. text. *in l. item ſi §. penult. & ult. ff. ad S. C. Maced. l. 2. C. eod. l. 2. C de fideicom.*
16 Et de hoc pupillo arbitro intelligenda Juriſconſultorum reſponſa in *l. ſi ejus pupilli 64. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* ubi agitur de pupillo pubere facto, cùm teſtamentum condiderit: add. *§. præterea Inſtit. tit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* De eodem agi puto in *l. ſi pupillus 21. in princ. ff. ad Leg. Falcid.* cùm ibi legati repudiati mentio fiat, ac proindè vel ſupponatur pupillus pubes factus, vel adhibita tutoris auctoritas.

CAPUT XV.

AD §. PRÆTEREA INSTIT. *tit. quib. mod. toll. oblig.*

SUMMARIUM.

1 *Expromiſſor unde dictus, & quis ſit?*
2 *Quando quis expromittere dicatur.*
3 *Expromittente pupillo fit novatio.*
4 5 *Nec reſtituitur actio adverſus veterem debitorem.*
6 *Expromittente muliere actio reſtituitur: & quare? n. 14. & 18.*
7 *Actio omninò reſtituenda, quando quis facti ignoratione decipitur.*
8 9 *Expromittente minore actio reſtituitur: & quare? n. 22.*
10 *Quando actio reſtituatur plura exempla proponuntur uſque ad n. 14.*
14 *Beneficia ſine cujuſquam injuria ſunt concedenda.*
15 *Hæreditas non adita non tranſmittitur. Fallit in caſu S. C. Silaniani.*
16 *Muliere impubere expromittente actio non reſtituitur.*
17 *Reſtitutio in integrum ita conceditur, ut quàm minimum fieri poſſit alter lædatur.*
19 *In contractibus non excuſat ignorantia facti.*
20 *In contractu pupilli locum non habet regula correlativorum.*
23 *Datur reſtitutio etiam adverſus naturalem obligationem.*
24 *Contrarium probatur.*
25 *Alienum factum nobis nocere non debet.*
26 *Ceſſat beneficium diviſionis, ſi alter fidejuſſor ſolvendo non ſit.*

NOvare, & novationem dixere Veteres Juriſconſulti: novatorem non dixerunt, quamvis hoc nomen Latinum ſit, & maximè accommodatum ad explicandum eum, qui novat obligationem. Hic enim aliam ex alia obligationem facit. *l. 4. §. ait Prætor ff. de re judic.* Ac proptereà novatoris nomen ei maximè convenit. Ovid. in Metamorphoſ.

— Rerumque novatrix
Ex aliis alias reddit natura figuras.

Noſtris tamen Juriſconſultis magis placuit nomen expromiſſoris, quàm novatoris, fortaſsè quia hoc multò latius patet, quàm illud. Hoc nomen explicabimus paulò ac- 1
curatius, quàm à Noſtris factum ſit, cùm plerique vim ejus nominis non ſint aſſecuti.

Expromiſſor dicitur is, qui pro alio promiſit ea conditione, ut ab eo mox liberaretur, in *l. & eleganter 7. §. ſervus ff. de dol. mal.* Et rectè quidem meo judicio. Apud Hiſtoriæ Auguſtæ Scriptores, *ex Conſulibus* dicitur, qui Conſul fuit: *ex Ducibus*, qui fuit dux: *ex Tribunis*, qui fuit Tribunus: *ex Præfecto Urbi*, qui fuit Præfectus Urbi. Apud veterem Juvenalis Interpretem *ex*

Digitized by Google

gladiatore dicitur, qui gladiator fuit. Ab Arnobio caſtrati dicuntur *ex maribus*: quaſi mares fuerint, jam non ſint. Hujuſmodi autem nomina paſſim occurrunt in Codice Theodoſiano: & in Cod. Juſtinianeo invenimus *ex Quæſtore*, *ex Conſule*, *ex Præfecto Prætorio* §. 1. *de nov. Cod. fac. & §. ad iſtum. de Juſtin. Cod. confir.* Quemadmodùm autem Veteres ex duobus verbis *pro Conſule*, & *pro Prætore*, & ſimilibus, unam vocem compoſuerunt, dixeruntque *Proconſulem*, *& Proprætorem*: ſic illi ex duabus vocibus unam fecerunt, ac dixerunt *Exconſulem*, *Exquæſtorem*, *Excubicularium*, Iſidor. *lib.* 9. *Etym. cap.* 3. Juſtin. *in præfat. Cod. l. maximarum* 12. *C. de excuſ. mun. lib.* 10. Sic ex *promiſſore* factum eſt expromiſſor: iſque ille eſt qui promiſit, & fuit obligatus *d. l. & eleganter §. ſervus ff. de dol. mal.* Quoniam verò aliquando expromittere, ſignificat idem, ac promittere, ut in *l. ſi noxali* §. 1. *ff. de pecul. l. cùm dotis* 55. *ff. de jure dot.* vel potiùs quia, qui novat alicujus obligationem, ſuccedit in locum ejus, idcircò expromiſſor dici cœpit, etiam is, qui novat, aut ſuam, aut alienam obligationem, & expromitti dicitur, quoties promittitur id, quod anteà debebatur, quare hoc verbum ad novationem pertinet *l. ult. ff. de S. C. Macedon.*

Itaque ſi quis, cùm anteà civiliter non teneretur, idem poſteà creditori ſuo promittat per ſtipulationem, expromittere dicitur *l. ult. ff. de S. C. Macedon. l. hoc jure* 19. *§. ſi quis ſervo ff. de donat.* Item ſi mutetur perſona creditoris, & qui Titio debebat, Cajo
2 promittat à creditore ſuo delegatus, dicitur expromittere *l. debitor* 36. *ff. de jur. dot. l. ſi mandatu* 45. *§. ſed ſi mandavero ff. mandat. l. mortis* 31. *§. ſi juſſeris ff. de mort. cauſ. donat.* Denique, & mutatâ perſonâ debitoris expromiſſor is dicitur, qui promittit id, quod ab alio debetur, ejuſque in ſe transfert obligationem *l. ſi noxali* §. 1. *ff. de pecul. l. quod ſervus* 56. *ff. eod. l.* 4. *§. ait Prætor ff. de re judic. l. quod ſi non ſolvere* 10. *ff. de pignor. action. l. ſi quis* 4. *ff. de cond. cauſ. dat. l. quamvis* 8. *§. ſi convenerit ff. ad S. C. Vellejan. l. & eleganter §. ſervus ff. de dol. mal. l. qui libertinus* 37. *§. ult. ff. de operis libert.* Expromittere autem dicuntur etiam ſervus, & mulier, licèt expromittendo non obligentur *l. ſi noxali* §. 1. *l. quod ſervus* 56. *ff. de pecul. l. quamvis §. ſi convenerit ff. ad S. C. Vellejan.*

Ad rem noſtram veniamus. Si pro aliquo debitore pupillus expromittat ſine tutoris auctoritate, liberat eum debitorem §. *præterea Inſt. tit. quib. mod. toll. oblig.* Licèt enim pupillus ſine tutoris auctoritate non obligetur civiliter; obligatur tamen naturaliter *l. ſi pupillus* 21. *in princ. ff. ad Leg. Falcid. l. ſi ejus* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebellian. l. cùm illud* 25. *ff. quando dies leg. ced. l. Stichum* 95. *§. aditio ff. de ſolut. l. ult. in princ. verſ. nam ſi ff. de jurejur. l. ſi pupillus* 127. *ff. de verb. obligat. l. hoc jure* 19. *§. ſervus ff. de donat.* Naturalis autem obligatio ſufficit, ut novetur præcedens obligatio *l.* 1. §. 1. *de novat.* Dubitari tamen poteſt, an creditori ex æquitate reſtituenda ſit actio adverſus veterem debitorem à pupillo expromittente liberatum. Etenim ſi ei non reſtituitur actio, nihil amplius conſequi poterit, non à vetere debitore, quia liberatus eſt: non à pupillo quia civiliter non eſt obligatus. Quæritur autem an in hac cauſa reſtituenda ſit actio amiſſa, quia pleriſque in cauſis ea reſtituitur, ut infrà demonſtrabimus: & actio quæ reſtituitur, vocatur *actio reſtitutoria. l. quamvis* 8. *§. Marcellus & §. ſi mulieri & §. planè l. aliquando §. ult. ff. ad S. C. Vellejan. l.* 8. *C. eod. l.* 3. §. 1. *ff. de eo per quem fact. erit.* Hæc eadem vocatur *actio reſciſſoria* in *l. ſi paternam* 8. *& in l. ſi mulier* 16. *C. ad S. C. Vellejan.* quia reſciſsâ interceſſione, ac novatione reſtituitur actio adverſus veterem debitorem *l. ult. in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* quemadmodum reſciſſoria vocatur actio illa, qua reſciſsâ uſucapione, vel aliâ liberatione, res noſtras recuperamus *l. ab hoſtibus* 18. *C. de poſtlim. reverſ. l. necnon §. pen. & ult. ff. ex quib. cauſ. major. §. rurſus ex diverſo. Inſtit. tit. de action.*

Hac autem de re gratias habere oportet Imperatori noſtro Juſtiniano, qui in *d. §.* nos docuit actionem non eſſe reſtituendam.

Ait enim in *d. §. præterea: Interdum licèt poſterior ſtipulatio inutilis ſit, tamen prima novationis jure tollitur: veluti ſi id, quod tu Titio debes, à pupillo ſine tutoris auctoritate ſtipulatum fuerit: quo caſu res amittitur, nam & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt.* Res amittitur expromittente pupillo: non amitteretur autem, ſi creditor poſſet actionem recuperare: ei enim integra
4 cauſa priſtina reſtitueretur *l. ſi mulier contra* 14. *& l. quidam* 29. *ff. ad S. C. Vellejan.* & poſſet convenire debitorem ſuum, perindè ac ſi novatio facta non fuiſſet *l. ſi paternam* 8. *C. eod.* Is cui à Prætore ſuccurritur, rem non amittit, ſed amiſſurus eſſet, niſi ſuccurreretur *l. in omnibus prætoriis* 5. *ff. de præt. ſtipulat.* & amitti, aut perire res dicitur, quando omninò redditur inutilis obligatio, & actio, vel ipſo Jure, vel ope exceptionis *l. ſi debitor* 91. *ff. de ſolut.* quando autem quis habiturus eſt actionem, aut exceptionem, res ſervari dicitur, non amitti *l.* 2. *§. ſi Titius ff. de hered. vel action. vend. l. & hæc diſtinctio §. cùm fundum ff. locat. l. cùm vir.* 10. *ff. de except. dol. mal.* nam qui actionem ha-
5 bet ad rem recuperandam, rem ipſam habere videtur *l. id apud* 143. *ff. de Verb. Sign. l. qui* 15. *ff. de Reg. Jur.*

Nec obſtat text. in *l. Divus in princ. ff. de reſt. in int.* ubi rem amiſiſſe dicitur ille, qui in integrum reſtituendus eſt. Nam ibi *res* ſignificat litem, quemadmodum & in *l. ſine Judice §. Marcellus ff. rem rat. hab.* Nec quicquam impedit, quominus litem amiſiſſe dicatur, qui petere poteſt reſtitutionem in integrum.

Sit igitur hoc conſtitutum, expromittente pupillo ſine tutoris auctoritate non ſolum liberari directâ actione debitorem, ſed etiam rem amitti, nec eſſe reſtituendam actionem creditori. Multis tamen & legibus, & argumentis contrarium probari poſſet, de quibus eſt à nobis accuratè diſſerendum.

Primùm ſatis conſtat, quod expromittente muliere reſtituitur actio adverſus veterem debitorem, quia mulier Vellejano Senatuſconſulto adjuvatur *l. ſi mulier* 16. *C. ad S. C. Vellejan. l.* 1. *§. ult. l. quamvis §. quoties. cum mule. ſeqq. l. aliquando §. ult. l. ſi mulier* 14. *l. ſi pro uno* 20. *l. debitrix* 24. *§.* 2. *&* 3. *l. & quidam* 29. *ff. ad S. C. Vell.* Imò ſi ille, pro quo mulier ſe obligavit, non ſit obligatus, quia mulier ipſa loco ejus contraxerit: nihilominus adverſus eum datur actio, tamquam ſi ipſe contraxiſſet *l. quamvis* 8. *§. ſi cùm eſſem ff. eod.* Ergò actio reſtitui debet etiam expromittente pupillo.

Imò multò magis reſtitui debet, cùm pupillus expromittit, quàm cùm expromittit mulier. Etenim quando quis deceptus eſt ignoratione facti, & actionem amiſit, redditur ei actio amiſſa: non redditur autem, quando ſciens id fecit, quo actionem amitteret *l. hæredem* 17. *ff. de his quæ ut indign.* Qui autem accipit mulierem expromiſſorem, 7
non poteſt facti ignorationem prætendere *l. quamquam* 7. *ff. ad S. C. Vellejan.* At qui accipit pupillum, poteſt ignoratione facti decipi propter incertum ætatis, ut conſtat ex toto *tit. C. ſi minor ſe major. dixer.* Et ad rem noſtram pertinet *l. ſi Titius & Seja* 48. *ff. de fidejuſſ.* ubi ſi quis fidejuſſerit ſimul cum muliere, non habet beneficium diviſionis, quia ſcire potuit, aut ignorare non debuit, mulierem fruſtrà intercedere. Contrà verò ſi quis fidejuſſerit ſimul cum minore, habet beneficium diviſionis, propter incertum ætatis. Igitur cùm excuſetur ille, qui erravit in ætate minoris, aut pupilli: non autem excuſetur, qui erravit in ſexu mulieris: æquius eſt, ut reſtituatur actio ei, qui accepit pupillum expromiſſorem, quam ei, qui accepit mulierem *d. l. hæredem.* & confirmatur exemplo filii-familias. Si quis mutuam pecuniam crediderit ei, quem patremfam. putabat non vanâ ſimplicitate deceptus, pecuniam non amittit, & ceſſat Senatuſconſ. Macedonianum. *l.* 3. *in princ. ff. ad S. C. Maced.* At verò adverſus mulierem hanc facti ignorationem prætendere non poſſumus *l. quamquam* 7. *ff. ad S. C. Vellejan.* In pupillo autem eadem videtur eſſe ratio, ac in filiofamilias.

Secundò, pupilli, & minores ſemper in Jure noſtro comparantur: ſed expromittente minore reſtituitur actio adverſus veterem debitorem *l. un. §.* 1. *C. de reputat. quæ fiunt &*

Digitized by Google

in jud. reſtit. in int. l. ult. ff. de minor. l. alterius ff. de tutel. & ration. diſtrah. Ergò & expromittente pupillo.

Tertiò, confirmatur ex *l. ſi Titius, & Seja* 48. *in fin. ff. de fidejuſſ.* ubi ſi quis minorem dolo adduxerit ad expromittendum, fruſtrà deſiderat, ut ſibi actio reſtituatur adverſus veterem debitorem à minore liberatum. Ergò à contrario, ſi creditor minorem non cir-
9 cumvenerit, rectè petet actionem ſibi reſtitui: eſt autem hoc argumentum fortiſſimum *l.* 1. *in princ. ff. de off. ejus cui mand. eſt juriſd.* Idem autem quod de minore dicitur, de pupillo dicendum videtur.

Quartò, conſideranda eſt *l. ex hoc* 3. §.
10 *plane ff. de eo per quem fact. erit.* Quidam prohibuit, ne in judicio ſiſteret reus, interim reus elapſo tempore liberatus eſt actione illâ, quâ conveniri poterat. Tenetur is, qui vetuit, ne in judicio ſiſteret reus: verumtamen ſi hic ſolvendo non ſit, æquum eſt reſtitui actionem adverſus veterem debitorem liberatum. Ergò multò magis reſtituenda eſt, quando debitor liberatur à pupillo, qui nec tenetur, nec poteſt conveniri. Ille poteſt ſperare eum ad pinguiorem fortunam perventurum: poteſt, ſi non totam ſummam, ſaltem aliquam partem ab eo exprimere, atque emungere. Huic nulla ſpes eſt reliqua, cùm pupillus conveniri non poſſit. *Quædam nomina bona, lentus, ac ſapiens creditor fecit, qui ſuſtinuit, ac mora fovit*: ut ait Senec. *de benefic. lib.* 7. *cap.* 29. At hic bonum nomen facere non poteſt, cùm pupillus non ſit obligatus.

Quintò, ſi ſervus noxæ dedatur ei, cui damnum dedit, cùm à domino abſente non defendatur, & reverſus dominus petat, ut
11 ſibi ſervus reſtituatur; reſtituitur etiam actio creditori adverſus ipſum dominum *l.* 2. *in fin. ff. ſi ex noxal. cauſ. agat.* Ergò creditor non debet privari emolumento, & eo, quod ſibi debebatur; & ſi privetur, ei actio priſtina reſtituenda eſt.

Sextò, ſi duo pro eodem fidejuſſerint, alter purè, alter ſub conditione: & qui purè acceptus eſt pro virili condemnatus fuerit; reſtituenda eſt adverſus eum actio, ſi alter non ſit ſolvendo eo tempore, quo conditio exiſtit. *l. ſi plures* 27. *ff. de fidejuſſor.* Igitur 12
reſtituitur actio creditori adverſus veterem debitorem, quoties ille liberatus eſt facto ejus, qui ſolvendo non eſt. Ergò multò magis reſtituenda eſt, ſi liberatus ſit facto ejus, qui ſe non poteſt obligare.

Denique, ſi minor acceperit expromiſſorem inopem, reſtituitur ei actio adverſus veterem debitorem *l. patri* §. *ex hoc ff. de minor.* Ergò multò magis reſtituenda eſt, quando expromiſſor eſt pupillus, qui non obligatur. 13

Ne quem turbent hæc argumenta, ſingula refutabimus. Ad primum reſpondeo, non eamdem eſſe cauſam mulieris, & pupilli. Mulier naturâ ſuâ ſe poteſt obligare, & ex omnibus aliis cauſis obligatur, quia & habet animi judicium, & rerum ſuarum adminiſtrationem. Verum Senatuſconſultum Vellejanum, ut auxiliaretur infirmitati, atque imbecillitati mulierum, novum hoc ipſis beneficium indulſit, quo factum eſt, ut fœminæ ex ſua interceſſione non teneantur. Æquum autem Prætori viſum fuit ſuccurrere etiam creditori, qui facto mulieris actionem amiſit, eam ipſi reſtituendo *l.* 1. *in fin. ff. ad S. C. Vell.* Et meritò: beneficia enim ſine 14
cujuſquam injuria, damnove ſunt concedenda *l. nec avus C. de emancip. l.* 2. §. *meritò ff. ne quid in loc. public. l. impuberi ff. de adminiſt. tut. l. ſciendum ff. ex quibus cauſ. major. l. quoties* 2. *& l. reſcripta* 7. *C. de precib. Imperat. offer. l.* 2. §. *ſi quis à Principe ff. ne quid in loco publ. l. ſi quis ſepulcrum. in princ. ff. de religioſ. & ſumpt. fun.* Et ne pupillis quidem nova beneficia cum alterius injuria ſunt impertienda *l. ſed cùm ab hærede ff. ad S. C. Trebellian.* Quod mulieres non teneantur interceſſione, id obtinuerunt, non quia non ſint idoneæ ad contrahendam obligationem, ſed beneficio Senatuſconſulti: ſic appellatur in *l. debitrix* §. *ſi Senatuſconſulti ff. ad S. C. Vellejan.* in *l. quamvis* 9. in *l. ſi adverſarius* 10. in *l. ſi dotare* 12. *C. eod.* ſeu ejuſdem Senatuſconſulti auxilio; ut vocatur in *l. ſi mulier* 26. *ff. ad S. C. Vell.* in *l. Senatuſconſultum*, in *l. ſi ſine*, in *l. ſi mater*, im

Digitized by Google

l. ſi ſciens, in *l. ſi uxor C. eod.* Igitur, quantùm fieri poterat, hoc beneficium, & auxilium ſine injuria creditoris concedendum fuit. Ceſſat in pupillis hæc regula. Illi enim nullo beneficio, nullo auxilio indigent, ut expromittendo non obligentur, quia nulla ex cauſa obligantur ſine tutoris auctoritate *l. obligari ff. de oblig. & action. princ. tit. Inſt. de auct. tut.* Non obligantur autem, quia non ſunt idonei ad contrahendam obligationem, cùm nec habeant animi judicium *l. pupillus* 189. *ff. de Reg. Jur. §. præterea Inſt. tit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* nec ipſis conceſſa ſit rerum ſuarum adminiſtratio *§. 2. Inſt. tit. quib. alien. lic.* & tutores domini loco habeantur in rebus pupilli *l. qui fundum 7. §. ſi tutor ff. pro empt. l. interdùm 56. §. qui tutelam 4. ff. de furt.*

Exemplis rem explico. Non tranſmittitur ad ſucceſſores hæreditas, niſi adita ſit *l. un.*
15 *§. in noviſſimo C. de caduc. tollend.* Vetuit Senatuſconſultum Silanianum adire hæreditatem ejus, qui occiſus eſt, antequam quæſtio de familia habeatur, ſed tamen hoc ſine injuria hæredis ſtatuendum fuit: itaque ſi intereà moriatur hæres, tranſmittit actiones utiles ad ſuos ſucceſſores: ſed ita tamen, ſi hoc ſolo impedimento terreatur, ne adeat: ſi alia de cauſa non adierit, aut aliud impedimentum obſtiterit, non prodeſt Senatuſconſultum *l. 3. §. non tantùm. cum ſeq. & §. ult. ff. ad S. C. Silanian.* Hinc intelligimus, non ſolùm, cur expromittente pupillo non ſit actio reſtituenda: ſed etiam, quòd ſi fœmina impubes expromiſerit ſine tutoris auc-
16 toritate, actio reſtituenda non erit. Neque enim creditori proderit ſexus expromittentis, cùm obſtet aliud impedimentum ætatis *d. l. 3. §. ult. ff. ad S.C. Silanian.*

Aliud exemplum ſit in minoribus. Minores ſi curatorem non habeant, aut ſi habeant, cum ejus conſenſu rectè contrahunt. Prætor tamen, ſi ſuâ facilitate læſi, captive fuerint, concedit ipſis reſtitutionem in integrum, & quidem eadem de cauſa, quâ Senatuſconſultum fœminis ſuccurrit *l. 1. ff. de minor. l. 5. in fin. C. de in integr. reſtit. l. ait Præ-*
17 *tor §. non ſolùm ff. de minor.* Ita tamen eam concedit, ut quàm minimum lædatur, qui cum minore contraxit, & ideò omnia redigit ad priſtinum ſtatum *l. quòd ſi minor §. reſtitutio ff. de minor. l. 1. §. planè ff. de collat. l. 1. & 2. C. ſi advers. tranſact.* & expromittente minore reſtituit actionem adverſùs veterem debitorem *l. un. §. 1. C. de reput. l. ult. ff. de minor. l. alterius ff. de tutel. & rationibus diſtrahendis.* Eſt enim hoc auxilium extraordinarium *l. in cauſa 16. ff. de minor.* & beneficium *l. Præſes ff. eod. l. un. C. ſi adverſ. rem judic. l. ult. C. ſi minor ſe major. dixer. l. 1. C. de filiof. minor.* & ideò ſine cujuſquam injuria concedendum eſt, ut diximus: idemque ſervandum in muliere.

Prætereà additur his alia ratio. Senatuſconſultum Vellejanum factum eſt, ut ſubveniretur mulieribus deceptis, & proſpiceretur ne in poſterum deciperentur *l. 2. §. verba & §. ſeq. ff. ad S. C. Vellejan. l. ſi ſine 5. C. eod.* At verò cùm mulier expromittit, magis decipitur à debitore, qui eam adducit ad expromittendum, quam à creditore, qui eam accipit expromiſſorem: atque ideò veniam non meretur debitor, nec ei prodeſſe debet Senatuſconſultum, cùm fecerit id, quod ne fieret, cavit Senatuſconſultum. Et 18
hoc eſt, quod traditur in *l. 1. in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* Etenim ſi nec ipſa mulier ullum commodum ſentit ex Senatuſconſ. cùm decipiendi animo intercedit *l. 2. §. ſed ita. l. ſi decipiendi. in princ. ff. ad S. C. Vellejan. l. ſi ſine C. eod.* quantò minùs debet ſentire commodum ex interceſſione, qui mulierem ipſam decepit, quod fieri vetat Senatuſconſultum. Quòd autem debitor ipſe mulierem deceperit, ideò præſumitur, quia ad ipſum pervenit emolumentum, cùm liberetur ab obligatione. Notus eſt ille communis Oratorum locus, eum præſumi deliquiſſe, qui ex delicto commodum ſentit. Notum & illud Caſſianum, *cui bono fuiſſet.* Non ita ſe res habet in pupillis. Etenim pupilli contrahere prohibentur, non ad evitandas fraudes contrahentium, ſed quia non ſunt idonei ad contrahendam obligationem, ſeque nulla ex cauſa poſſunt obligare ſine tutoris auctoritate, etiamſi damnum ex contractu non patiantur.

Digitized by Google

Ad ea autem, quæ adjungebantur confirmandi argumenti cauſâ reſpondetur, quod veniam mereatur, nec puniri debet ignorantia facti *l. genero* 8. *ff. de his qui not. inf. l. ult. ff. de decret. ab ord. fac.* & ideò in *d. l. hæredem* 17. *ff. de his quæ ut indign.*
19 actio reſtituitur. At in caſu noſtro, in quo agimus de contractu, non facilè excuſatur ignorantia, quia nemo ignarus eſſe debet conditionis ejus, cum quo contrahit *l. qui cùm alio* 19. *ff. de Reg. Jur.* Et qui cum pupillo contrahit ſibi imputare debet, nec excuſatur, adeò ut ipſe obligetur, licet pupillus viciſſim non obligetur *princ. tit. Inſtit. de auct. tut. l. ſi id quod* 7. §. 1. *ff. de reſc. vend. l. Julianus* 13. §. *ſi quis à pupillo* 29. *ff. de*
20 *action. empt.* Nec obſervatur illa regula pervulgata: quod in uno ex correlativis obtinet, id etiam in altero obtinere debere *l. ult. ff. de acceptil. l. cùm emptor.* 5. *in princ. ff. de reſcind. vendit.*

Ad text. in *l. ſi Titius, & Seja ff. de*
21 *fidejuſſ.* dico, multa ibi concurrere, quo fidejuſſor excuſetur, qui ſimul cum minore fidejuſſit. Primùm ibi fidejuſſor non contrahit cum minore, itaque non debet ei imputari, ſi non exploravit ejus conditionem, & ætatem. Præthereà non ſolum excuſatur propter incertum ætatis, ſed etiam propter incertum reſtitutionis; ibi: *propter incertum ætatis, & reſtitutionis.* Item ibi agitur de minore, non de pupillo. Faciliùs cognoſcitur pupillus, quam minor: pupillus enim tutorem habere debet §. *impuberes Inſtit. tit. de Attil. tutor.* minor autem poteſt non habere curatorem, cùm invitis curator non detur. §. *item inviti Inſtit. tit. de curator. l. ſi impuberi* 13. §. *ult. ff. de tut. & curat. l. mutus* 43. §. *is qui* 3. *ff. de procurat. l. matris* 6. *C. qui pet. tut. l.* 3. *in fin. C. de in integr. reſtitut.* Poteſt minor ſe majorem fingere, & adverſarium decipere *l.* 1. *& ſeqq. C. ſi min. ſe major. dixer.* pupillus non poteſt ſe majorem fingere: nemo enim tam bardus eſt, qui non dignoſcat impuberem à majori viginti quinque annis. Quod ſi pupillus dicat ſe exceſſiſſe pupillarem ætatem, id ei nihil profuturum eſt, quia qui cum eo contrahit, exigere debet curatoris auctoritatem, ſine qua non obligaretur, ſi minor eſſet *l.* 3. *in princ. C. de in integr. reſt.* Itaque qui cùm pupillo contrahit, ſine magna ſua culpa & incogitantia decipi non poteſt. Denique animadvertendum eſt, quod in *d. l. ſi Titius, & Seja ff. de fidejuſſ.* agitur de minore, qui curatorem non habebat, ac propterea excuſatur fidejuſſor, ſi eum majorem eſſe exiſtimavit, quia minores ſolent habere curatorem *l.* 3. *ff. de minor.* Quod ibi agatur de minore curatorem non habente, probatur hoc modo. Ibi minor petiit, & impetravit reſtitutionem in integrum, quæ utique datur curatorem non habenti *l.* 3. *in fin. C. de in integr. reſtitut.* Quod ſi dicamus eum habuiſſe curatorem; aut fidejuſſit ſine ejus auctoritate, aut adhibitâ ejus auctoritate. Si fidejuſſit cum ejus auctoritate, non poterit eſſe incerta ejus ætas, ut ibi ſupponitur: nam qui in contractu videt adhiberi curatoris auctoritatem, hoc ipſo debet intelligere eum eſſe minorem. Si fidejuſſit ſine curatoris auctoritate, non datur ei in integrum reſtitutio, ſicut non datur pupillo ſine tutoris autoritate contrahenti *l. in cauſa* 16. *in princ. ff. de minor.* quia contractus ipſo Jure non valet *l.* 3. *C. de in int. reſtit.* & quando contractus non valet, reſtitutio non datur, quia ipſo Jure munitus eſt *d. l. in cauſa.* 16. §. *& generaliter ff. de minor. l. in dubium C. de tutor. vel cur. qui ſatis non ded. l. ſi tutor* 4. *C. in quib. cauſ. in integr, reſtit. neceſſ. non eſt.* Ibi autem ſupponitur impetrata reſtitutio: ergò falſum eſt fidejuſſiſſe ſine curatore. Supereſt igitur, ut non habuerit curatorem.

Ad text. in *l.* 3. *in princ. ff. ad S. C. Macedon.* reſpondetur, quod cùm exceptio Senatuſconſulti Macedoniani detur in odium creditoris *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* non debet exceptio nocere ei, qui juſta facti ignorantia eſt deceptus *l. genero* 8. *ff. de his qui not. infam. l. ult. ff. de decret. ab ord. faciend.* Juſta autem eſt ignorantia facti ejus, qui exiſtimat patremfam. illum, qui in omnibus ſe gerit pro patrefam. & qui communiter ejuſmodi exiſtimatur. In cauſa,

de qua agimus, nec juſta eſt ignorantia, nec denegatur actionis reſtitutio propter odium creditoris, ſed quia ſibi imputare debet, qui pupillum expromiſſorem accepit, & non adhibuit tutoris auctoritatem, cùm eam poſſet exigere.

Venio ad ſecundum argumentum, & dico, diſſimilem eſſe cauſam minorum, & pupillorum. Probavimus modò, quòd minor, qui impetravit reſtitutionem, aut curatorem non habebat, aut contraxit cum auctoritate curatoris. Qui curatorem non habet, non eſt ſimilis pupillo, quia civiliter
22 obligatur *l. 3. in fin. C. de in int. reſt.* Qui curatorem habet, & cum ejus auctoritate contrahit, non eſt ſimilis pupillo contrahenti ſine tutoris auctoritate: ille enim obligatur, hic autem non obligatur. In illis legibus agitur de minore, qui impetraverat reſtitutionem in integrum: igitur aut agitur de minore curatorem non habente, aut de minore contrahente cum auctoritate curatoris: neuter autem ſimilis eſt pupillo. Non poteſt igitur duci argumentum ab eo minore ad pupillum. Ratio autem, cur expromittente minore, & in integrum reſtituto, reſtituatur etiam actio creditori adverſus veterem debitorem, in promptu eſt. Reſtitutio in integrum eſt amiſſæ cauſæ redintegratio *l. 2. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt.* Hoc eſt, impetratâ reſtitutione reſtituuntur omnia in eum ſtatum, in quo erant, antequam minor obligaretur, dum ne quid damni minor patiatur *l. quod ſi minor. §. reſtitutio ff. de minor. l. un. C. de reputat. l. 1. & 2. C. ſi adverſ. tranſact. l. 1. §. planè ff. de collat.* Quare reſtituenda eſt etiam actio creditori, cùm haberet illam antequàm minor expromitteret.

Nec obſtat, quod reſtitutio detur etiam adverſus naturalem obligationem *l. 2. C. ſi adverſ. ſolut. l. illud ff. de minor.* Sed pupillus ſine tutoris auctoritate naturaliter obli-
23 gatur, ut ſuprà probavimus: ergò indiget reſtitutione, ac propterea etiam expromittente pupillo reſtitui debet actio.

Reſpond. In illis legibus dari reſtitutionem adverſus ſolutionem, non adverſus naturalem obligationem. Nec pupillus ſine 24
tutoris auctoritate contrahens petere poteſt reſtitutionem *l. in cauſa 16. in princ. ff. de minor.* quia eam petere non poteſt, qui ipſo Jure munitus eſt, ut oſtendimus: pupillus autem contrahens ſine tutoris auctoritate ipſo Jure munitus eſt, cùm non poſſit facere conditionem ſuam deteriorem *princ. tit. Inſt. de auctor. tut.* & ideò in noſtro §. *præterea Inſt. tit. quib. mod. toll. oblig.* dicitur nulla obligatio pupilli: & in *l. pupillus ff. de oblig. & action. & in l. quod pupillus ff. de cond. ind.* dicitur pupillum nec naturaliter obligari: quia in his quæ afficiunt perſonam pupilli, nulla eſt, & ſine effectu naturalis obligatio, ne conditionem ſuam ſine tutoris auctoritate faciat deteriorem.

Ad tertium eadem eſt reſponſio: nam & ibi agitur de minore in integrum reſtituto.

Ad quartum reſpondeo, dari actionem reſtitutoriam, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno afficiatur *d. l. 3. §. planè ff. de eo per quem fact. erit.* Non poteſt adſcribi culpæ, aut negligentiæ creditoris, quòd debitor ſit liberatus, cùm eum vocaverit in judicium antequam liberaretur. Igitur liberatus eſt alieno facto, quod 25
creditori nocere non debet *l. 1. ff. de alien. mut. jud. cauſ. fact. l. factum ff. de Reg. Jur.* præſertim cùm poſſit ſubeſſe dolus ipſius debitoris, & cum pacto rem egiſſe. In caſu noſtro liberatus eſt debitor facto ipſius creditoris, qui accepit expromiſſorem pupillum.

Ad quintum reſpond. ibi quoque agi de reſtitutione in integrum, non quidem de ea, quæ minoribus datur; ſed de ea, quæ datur majoribus *l. 1. §. verba. & ll. ſeqq. ff. ex quib. cauſ. major.* Et iniquum eſſet reſtitui ſervum domino, & non reſtitui actionem creditori, eumque rem amittere ſine ſua culpa, ſine ſuo facto.

Ad ſextum facilis eſt reſponſio. Benefi- 26
cium diviſionis fidejuſſoribus non datur, ſi alii ſolvendo non ſint. *l. inter 26. ff. de fidejuſſor.* Ibi diviſio facta erat, quia non conſtabat an alter fidejuſſor ſolvendo futurus eſſet:

ſed

ſed quia adveniente tempore ſolutionis conſtat eum ſolvendo non eſſe, idcircò recedendum eſt à diviſione factâ, & alter non poteſt gaudere hoc beneficio cum damno creditoris. Nihil ſimile in caſu noſtro.

Ad ultimum reſpondetur, quòd minori reſtituitur actio adverſus veterem debitorem liberatum, quia à Prætore ſemper in integrum reſtituitur, quoties ſuâ facilitate læſus eſt *l.* 1. *& toto tit. ff. de minor.* Itaque & pupillo reſtitueretur, ſi cum auctoritate tutoris expromiſſorem inopem acceperit.

Non me pœnitet hæc uberius explicaſſe, quibus tota ratio reſtituendæ actionis eſt patefacta. Illud moneo, quod ſi pupillus expromittat cum auctoritate tutoris, & reſtituatur in integrum, reſtituenda quoque erit actio creditori adverſus veterem debitorem, ſicut reſtituitur expromittente minore. Vide text. in *l. ſed revocata* 20. *cum duab. antec. ff. de jur. fiſc.*

CAPUT XVI.

AD L. 1. ff. DE CONDIT. *& demonſt.*

SUMMARIUM.

1 *Dies certus petitionem, non obligationem differt.*
2 *Legatum in diem aliquando purum, aliquando præſens dicitur.*
3 *Dies incertus duplex: & quando faciat conditionem?*
4 *Momentum, quo morimur, vita tribuitur, non morti.*
5 *Differentia inter contractus, & legata, quoad diem incertum: ejuſque ratio.*
6 *Dies omninò incertus conditionem facit tam in contractibus, quàm in teſtamentis.*
7 *Certa ætas gravati non facit conditionem favore libertatis, & alimentorum.*
8 *Nec ætas extranei: idem in uſufructu.*
9 *Dies adjectus ad accelerandam ſolutionem non facit conditionem.*
10 *Item exonerandi hæredis cauſâ.*
11 *Item dies adjectus ſolutioni.*
12 *Item adjectus favore legatarii.*
13 *Quando præſumatur adjectus favore legatarii.*
14 *Exponitur* l. ſi ita relictum 43. §. Pegaſus ff. de legat. 2.
15 *Effectus diei incerti legato adjecti.*
16 *Exponitur* l. poſt mortem C. de fideic. & l. patroni ff. quæ in fraud. cred.
17 *Quis ſit dies certus, & qui ejus effectus?*
18 *Si dies ſit adjectus gratiâ creditoris, ante diem ſolvi non poteſt.*
19 *Contrà, ſi adjectus ſit gratiâ debitoris.*
20 *Legatum in diem nec agnoſci, nec repudiari poteſt ante diem: ſed vide in ſeqq.*
21 *Diſcrimen hac in re inter hæreditatem, & legatum.*
22 *Legatarius non acquirit eodem tempore obligationem, & dominium.*
23 *Legatum in diem nec repudiari, nec acquiri poteſt ante diem: & quare?*
24 *Ante diem legatum agnoſci poteſt, ita ut incipiat deberi.*
25 *Ratio affertur, cur ante diem naſcatur obligatio, non tranſeat dominium: & quid differat legatum ab hæreditate.*
26 *Legatarius quomodò poſſit rejicere ſolutionem ante diem.*

DIes aut certus eſt, aut incertus. Dies certus, etſi differat petitionem & exactionem, non tamen differt, aut ſuſpendit 1
obligationem §. *omnis Inſt. tit. de V. O. l. centeſimis* 46. *ff. de V. O. l. cedere diem ff. de V. S. l. in diem* 10. *ff. de cond. indeb. l.* 5. §. 1. *& l. ſi dies* 21. *ff. quando dies leg. ced. l. un.* §. 1. *C. de caduc. toll.* Quò fit, ut lega- 2
tum in diem dicatur aliquando purum, ut in *l. hæres meus* 79. *in princ. ff. de cond. & demonſt.* & præſens legatum in *l.* 1. *in princ. ff. eod tit.* quam ſuſcepimus explicandam. Dies autem incertus non ſolum differt ſolutionem, ſed etiam ſuſpendit obligationem, quia dies incertus conditionem facit *l. dies incertus ff. de cond. & dem.*

Hujus diei duo ſunt genera. Etenim aut incertum eſt, an dies ille ſit umquam exiturus, ut dies certæ ætatis, dies nuptiarum, dies conſulatûs. Incertum enim omninò eſt, 3
an ille ſit ad eam ætatem perventurus, ſit contracturus nuptias, ſit futurus Conſul. Aut certum eſt eum diem exiturum, ſed incertum eſt, quando ſit exiturus; cujuſmodi eſt dies mortis. Hic ſecundus dies in contractibus conditionem non facit *l. ſub conditione* 16. *cum ll. ſeqq. ff. de condict. indeb. junctâ l. in diem* 10. *ff. eod.* In legatis verò interdum conditionem facit, interdum non

facit. Si certò ſit extiturus vivo legatario, non facit conditionem. Itaque dies mortis ipſius legatarii conditionem non facit *l. hæres meus* 79. *in princ. ff. de cond. & dem.*
4 *l.* 4 *in fin. ff. qu. di. leg. ced.* quia non poteſt exiſtere poſt mortem legatarii ; viri enim moriuntur, non mortui, & momentum, quo morimur, vitæ tribuitur non morti *l. qui duos* §. 1. *ff. de manum. teſtam. l. ſi à pluribus* 107. §. 1. *ff. de legat.* 1. quamquam Plato nec vitæ, nec morti tribuendum eſſe cenſeat. Si verò dies adjectus poſſit exiſtere poſt mortem legatarii, conditionale legatum eſt, ut ſi legato ſit adſcripta mors hæredis : noſtra *l.* 1. §. *dies autem ff. de condit. & dem. l. hæres meus* 79. §. 1. *ff. eod. tit. l. hujuſmodi* 13 *ff. quan. dies leg. ced. l. ſi cùm hæres* 4. *ff. eod.* Ratio eſt, quia in contractibus nihil
5 refert, quando conditio exiſtat, ante, vel poſt mortem creditoris ; quia creditor decedens tranſmittit ſpem ad hæredes §. *ſub conditione Inſt. tit. de V. O.* Tranſmittit autem ſpem, quia qui contrahit, tùm ſibi, tùm hæredibus ſuis conſulere voluiſſe videtur *l. ſi pactum* 9. *ff. de probat.* Et ideò in contractibus initium ſpectamus *l. non omne* §. 1. *ff. de Reg. Jur. l. ſi filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* & ex præſenti vires capiunt *l. uſusfructus* 26. *ff. de ſtip. ſerv.* In legatis multò aliter ſe res habet. Teſtator qui legat, vult honorare ipſum legatarium, non ejus hæredes, ipſique aliquod ob meritum relinquere *l. nec adjecit* 9. *ff. pro ſoc.* non hæredibus legatarii, qui de teſtatore benè meriti non ſunt, quemadmodum legatarius : Itaque ſi legatarius moriatur ante eventum conditionis, legatum prorſus extinguitur, nam ad hæredes legatarii non poteſt tranſmitti, neque ex voluntate teſtatoris, qui eos noluit honorare, neque ex perſona legatarii, quia ipſe mortuus eſt, antequam cederet dies legati ; antequam, aut legatum ipſum, aut obligationem acquireret *l.* 5. §. *ſed ſi ſub conditione ff. quan. di. leg. ced. l. intercidit ff. de cond. & dem.* Igitur cùm dies hic, de quo agimus, poſſit exiſtere poſt mortem legatarii, ſuſpendit legatum in incertum eventum, ac proindè legatum eſt conditionale, quia hoc proprium eſt conditionis, ut in caſum differat obligationem §. *omnis Inſtit. tit. de V. O.*

Veniamus ad alium diem incertum. Si ſit incertum, an dies adſcriptus ſit umquam extiturus, ſemper facit conditionem, tàm in 6
contractibus *l. quodcumque* 45. §. *non ſolum ff. de V. O.* quàm in teſtamentis *l. ſi Titio* 22. *in princ. ff. qu. di. leg. ced. l. ſi ita ſit ſcriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. cùm vir*, & *l. Publius ff. de cond. & demonſt.*

Aliquando tamen hic dies conditionem non facit, vel ob privilegium, vel quia alia de cauſa dies hic fuit adjectus, non ad ſuſpendendam obligationem. Ob privilegium libertatis, & alimentorum conditionem non facit certa ætas ejus, qui gravatus eſt præſtare vel libertatem, vel alimenta. Debentur enim, etiamſi ille ad eam ætatem 7
non perveniat. De libertate traditum eſt id in *l. fideicommiſſaria* 23. §. *etiam ff. de fideic. libert. l. Thais* 41. §. *libertatem ff. eod. l. fideicommiſſaria* 10. *C. eod. tit.* De alimentis idem conjicere poſſumus ex *l. libertis* §. *ab hæredibus ff. de alim. leg.* quam legem uberiùs aliàs explicabimus, & ex *l. Cajo* §. 1. *ff. eod. & ex l.* 1. *C. de legat.*

Præterea in his legatis nec ætas quidem alicujus extranei conditionem facit *l. ſi ita* 8
ſcriptum 16. *ff. de manum. teſtam. l. ſi ſervus* 19. *ff. de ſtatu lib.* Imò etiam cùm agitur de uſufructu, ut eſt conſtitutum in *l. ambiguitatem C. de uſufr.*

Quando verò dies incertus alia quacumque de cauſa adjicitur, non eo animo ut ſuſpendat obligationem, numquam facit conditionem : quia in conditionibus voluntas dominatur *l. in conditionibus ff. de cond. & dem.* Adjicitur aliquando dies ad accelerandam ſolutionem, & tunc purè contrahitur 9
obligatio, non ſub conditione, vel in diem : ut ſi quis ſtipuletur : *decem, cùm petiero, dabis l. ſi decem* 48. *ff. de V. O. l. Titia* 65. *de cond. & dem.*

Aliquando dies incertus adjicitur hæredis 10
exonerandi cauſâ, non ſuſpendendæ obligationis, & ideò non facit conditionem. In legatis annuis primum ſolummodo purum eſt: legata ſequentium annorum tacitè continent

Digitized by Google

illam conditionem : *Si initio ejus anni vivet legatarius* : itaque ſi non vivat, legatum amplius non debetur *l. ſi in ſingulos* 4. *& l. Gajus. in fin. ff. de ann. legat. l. nec ſemel. in princ. & in.* §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* Verumtamen ſi teſtator hæredis exonerandi cauſâ, ne ſtatim urgeatur ad ſolutionem totius ſummæ, eam diviſerit in plures penſiones annuas, nulla ineſt conditio, & omnium annorum unum eſt legatum, cujus ſtatim dies cedit. *l. nec ſemel.* §. *ſed etſi. l. ſi cum præfinitione. verſ. ſi verò ff. quando di. leg. ced.*

Item dies incertus aliquando non legato, non obligationi ejus adjicitur, ſed ſolutioni : itaque non ſuſpendit obligationem, cui non fuit adjectus ; ſed ſolum differt ſolutionem : quia teſtator noluit legatum ſub con-
11 ditione relinquere, ſed in illud tempus differre ſolutionem. Exempla nobis ſuppeditant *l. ex his C. quando di. leg. ced. l. Sejus Saturninus. l. à filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* niſi tempus ſit adjectum per verba conditionis ut in *l. quibus diebus* §. *quidam Titio ff. de cond. & demon.*

Denique ſi teſtator diem incertum adjecerit favore ipſius legatarii, non facit conditionem : quia diem illum adjicit, ut pro-
12 videat legatario, non ut ipſum privet legato tempore illo non adveniente. Exempla habemus in *l. Firmio* §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* in *l. à filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* in *l. cùm pater* 77. §. *curatoris ff. de leg.* 2. in *l. liberto* 21. §. 2. *ff. de ann. legat.*

Hanc autem voluntatem teſtatoris diem adjicientis favore legatarii multis conjecturis aſſequi poſſumus. Prima eſt, ſi teſtator declaret, ſe velle conſulere infirmitati lega-
13 tarii, ne pecuniam diſſipet, atque diſperdat, ut in *l. liberto* §. *filium ff. de ann. legat.* Altera, ſi declaret ſe nolle committere rei legatæ adminiſtrationem tutoribus legatarii, ut in *l.* 3. §. *cùm Pollidius ff. de uſur.* Tertia, ſi velit ſolvi legatario fructus, & uſuras medii temporis, ut in *l. à filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* & in *l. Firmio* §. 1. *ff. quando di. leg. ced.* Nam fructus eo caſu debentur, quo dies gratiâ creditoris adjicitur. *l. ſi ita relictum* 43. §. *Pegaſus ff. de legat.* 2. Minor autem, ſeu pupillaris ætas non eſt idonea conjectura, niſi ſimul concurrant ea omnia, quæ proponuntur in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebell.* videlicet, & quòd agatur de filio, & quòd agatur de reſtituenda paterna hæreditate, quæ filio ipſi debita erat, & relicta cuidam amico, ut eam cuſtodiret, donec filius judicii maturitatem aſſequeretur. His non concurrentibus dies facit conditionem : nam etiam legatum filio impuberi relictum, cùm ad pubertatem pervenerit, conditionale eſt *l. ſi cui legetur* 14
49. §. 1. *cum duob. ſeqq. ff. de legat.* 1. Quamobrem quod traditur in *l. ſi ita relictum* §. *Pegaſus ff. de legat.* 2. id ita eſſe intelligendum eſt, ſi aliunde conſtet, tempus pubertatis adjectum fuiſſe gratiâ impuberis legatarii, ut ſupponitur initio ejus paragraphi. His expoſitis conſtat, quis ſit dies incertus, & quando conditionem faciat. Si fuerit adſcriptus ejuſmodi dies incertus, qui conditionem faciat, id quod debetur, non rectè ſolvitur antequam dies veniat, & ſi per errorem ſolutum fuerit repeti poteſt, antequam dies veniat, veniente die non repetitur *l. ſub* 15
conditione 16. *ff. de cond. ind.* Imò ſi legatarius fundum legatum forte fortuna poſſideat, poteſt ab hærede vindicari ſimul cum fructu *l. omnia* 32. §. *fundum ff. de legat.* 2. Quare neque hoc legatum delegari poteſt, cùm nihil hactenus debeatur *l. legata* 41. *ff. de cond. & dem.* nec poteſt eligi res legata *l. cùm illud.* 25. *ff. quan. di. leg. ced.* Et ſi rogatus ſit aliquis, ut reſtituat hæreditatem cui voluerit ex liberis ſuis, cùm morietur, non poteſt in vita reſtituere *l. cùm pater* 77. §. *à filia ff. de leg.* 2. quia adhuc non habet electionem, ne fortè reſtituat ei, qui ante ipſum ſit moriturus.

Fideicommiſſum tamen & ante mortem reſtituere poteſt is, qui poſt mortem ſuam rogatus eſt reſtituere, *l. poſt mortem* 12. *C. de fideic.* quia videtur donare id, quod plus eſt in præmatura reſtitutione, & veniente morte cedit in ſolutum *l. ſub conditione* 16. *ff. de ſolut.* Quod ſi præmaturâ ſolutione alteri iniqua conditio inferatur non rectè reſtituetur. Neque contrarium eſt quod traditur

in *l. patrem* 19. *ff. quæ in fraud. cred.* ubi non fraudat creditores, qui reſtituit ante
16 mortem id, quod poſt mortem reſtituere rogatus erat. Etenim ibi pater non reſtituit hæreditatem filio ante conditionis eventum, licèt in vita reſtituat. Rogatus erat reſtituere filio poſt mortem ſuam; vel, cùm filius morte patris fuiſſet effectus ſui juris. Hæc conditio non ſolùm exiſtit per mortem patris, ſed etiam per emancipationem, quia ea mens eſt teſtatoris, ut filius ſibi acquirat hæreditatem, quod conſequitur, quomodocumque ſui juris effectus fuerit *l. mulier* 22. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. ſi ita* 15. *ff. quan. di. leg. ced.* itaque cùm pater reſtituerit filio emancipato, rectè reſtituit, & non fraudat creditores, quia reſtituit poſt eventum conditionis.

Hactenus de die incerto. Ex his intelligi volumus quis ſit dies certus. Etenim diem certum dicimus non ſolum eum, qui certò eſt extiturus, ſed omnem, qui conditionem non facit: quia cùm non ſuſpendat obligationem,
17 tionem, nec eam in incertum differat, certus meritò poteſt appellari. Differt hic dies ſolutionem, & exactionem: obligatio autem ſtatim naſcitur: ſtatim tenetur debitor, ſed conficiendæ pecuniæ tempus ei conceditur §. *omnis Inſt. tit. de V. O. l. centeſimis* 46 *ff. eod. tit. l. in diem* 10. *ff. de cond. ind. l. cedere diem ff. de V. S. l.* 5. §. 1. *& l. ſi dies* 21. *in princ. ff. quando dies leg. vel fid ic. ced* Veruntamen quia ante diem exigi pecunia non poteſt, & quoad exactionem ſine effectu eſt, & inutilis obligatio; idcircò in noſtra *l.* 1. § *cùm dies certus ff. de cond. & dem.* ait *J. C. quia certum eſt ea debitum iri.* Nam quantum attinet ad exigendi facultatem, adhuc non debentur, nec videtur cœpiſſe obligatio *l. obligationum* 44 §. 1. *ff. de oblig. & act. l. eum qui* §. 1. *ff. de V. O. l. ſi in annos* 49. *ff. de cond. & dem. l. ſi ita ſit ſcriptum* 45. §. 1. *in fin. ff. de leg.* 2. quia verè debitor is eſt, à quo invito exigi pecunia poteſt *l. debitor* 1. 8. *ff. de V. S.* Cæterùm cùm de aliis effectis obligationis quæritur, non dubitatur eum, qui in diem debet, verè debitorem eſſe. Itaque ſi ſolverit ante diem repetere non poteſt *l. in diem* 10. *ff. de cond. ind. l. nam ſi* 17. *ff. eod.*

An autem debitor invito creditori poſſit ante diem ſolvere id, quod in diem debet, inter doctiſſimos Homines eſt magna diſſenſio. Adjicitur dies, aut debitoris, aut creditoris causâ. Plerumque debitoris causâ adjicitur *l. cùm tempus ff. de Reg. Jur. l. eum qui calendis ff. de verb. obl.* Aliquan- 18
do tamen adjicitur etiam creditoris causâ *l. ſi ita relictum* 43. §. *Pegaſus ff. de legat.* 2. Quibus conjecturis id conſequamur ſuprà diximus, & mille alias ad earum ſimilitudinem fingere poſſumus: veluti, ſi quis cùm certo tempore indigeret aliqua quacumque re, quæ facilè corrumpitur, aut non facilè cuſtoditur, ſtipulatus ſit eam ſibi dari eo tempore, quo ipsâ uti debet. Si dies ſit adjectus creditoris causâ, conſtat invito creditori ante diem ſolvi non poſſe *l. Jabolenus* 15. *ff. de annuis legat.*

Si verò dies ſit adjectus causâ debitoris, etiam invito creditori poteſt ante diem ſolvi 19
ut traditur in *d. l. Jabolenus* 15. *ff. de ann. leg.* in *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter* 16. *ff. de verb. oblig.* in *l. continuus* §. 2. *verſ. nam & quod in ff. eod. l. quod certa* 70. *ff. de ſolut.* in *l. quod quis* 50. *ff. de oblig. & act.* Quamquàm & hoc à multis magni nominis Viris negatur, & cùm Carthaginenſes ſtipendium, quod pluribus penſionibus in multos annos debebant, ſe præſens omne daturos pollicerentur: à Romanis reſponſum eſt, nullam pecuniam ſe ante diem accepturos. Nimirum illi cum Carthaginenſibus, tamquàm victores cum victis agebant, & magnificè oblatum beneficium repudiarunt. Exiſtimo enim veriſſimum eſſe, quod toties à noſtris traditum eſt, totum medium tempus ad ſolvendum relinqui liberum promiſſori. Confirmat hoc etiam Pomponius in noſtra *l.* 1. §. *cùm dies certus.* Verba legis hæc ſunt: *Cùm dies certus adſcriptus eſt, quamvis dies nondum venerit, ſolvi tamen poſſunt; quia certum eſt ea debitum iri.*

Non libet hoc loco controverſiam omnem exponere, cùm id ab aliis, & doctè, & accuratè factum ſit. Solùm explicabo legem quamdam, quæ & huic ſententiæ, & noſtræ

Digitized by Google

legi videtur eſſe contraria, & ab aliis in hac controverſia non perpenditur. In noſtra *l. 1. §. cùm dies certus ff. de cond. & dem.*
20 ait Pomponius *legatum cui dies certus adſcriptus eſt, ante diem ſolvi poſſe.* Falſum hoc videri poteſt, quia legatum in diem non poteſt ante diem repudiari *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione ff. de legat. 2.* ſed quod repudiari non poteſt, agnoſci non poteſt *l. is poteſt 18. ff. de acquir. vel om. hæred. l. is qui hæres 13. & l. nolle ff. eod. l. ejus eſt nolle ff. de Reg. Jur.* Legatum igitur in diem relictum ante diem agnoſci non poteſt: ergò nec ante diem ſolvi poteſt, quia hactenus incertum eſt, an legatarius ſit repudiaturus legatum. Primum igitur falſum eſt quod ait Pomponius, certum eſſe ea debitum iri, quia cùm ante diem neque agnoverit, neque repudiaverit legatum, incertum eſt an legatum debeatur, vel futurum ſit, ut ei debeatur. Præterea falſum eſt legatum ſolvi poſſe; quia ſicut ſolvi non poteſt legatum conditionale propter incertum conditionis, ita ſolvi non poterit hoc legatum propter incertum repudiationis, quâ tamquam conditione legatum ſuſpenditur. *l. ſi tibi homo 86. §. cùm ſervus ff. de legat. 1. l. Cornelius 69. ff. de hæred. inſt.*

Primum omnium animadvertendum eſt non eamdem eſſe rationem hæreditatis, & legati. Legatum in diem certum relinqui poteſt: hæres ex die certo non poteſt inſtitui *l. hæreditas ff. de hæred. inſt. §. hæres Inſt. eod.* cùm igitur hæreditas ſolum ſub conditione relinqui poſſit, veriſſimum eſt, quòd hære-
21 ditas, quæ repudiari non poteſt, adiri & acquiri non poteſt: quod obtinet etiam in legato conditionali, nam & hoc ante conditionis eventum nec repudiari, nec agnoſci, nec ſolvi poteſt. At in legatis quibus adſcriptus eſt dies certus, non uſquequaque verum eſt quod agnoſci non poſſint: licet verum ſit ea repudiari non poſſe *d. l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione ff. de leg. 2.* ut mox explicabimus.

Præterea in hæreditate non differt dominium ab obligatione. Hæreditatis nemo debitor eſt, cùm eam hæres accipiat à defuncto. Itaque adeundo hæreditatem ſtatim dominium rerum hæreditariarum acquirimus *l. hæres 37. ff. de acquir. vel om. hæred.* Non ita ſe res habet in legatis. In his diſtincta ſunt dominium, & obligatio. Legatarius duo acquirit; obligationem legati, quâ ipſi hæres obſtringitur; & dominium rei legatæ. 22
Neque hæc duo acquirit eodem tempore. Obligatio acquiritur legatario, cùm teſtator moritur: ſtatim enim dies legati cedit *l. ſi poſt diem 5. §. 1. ff. quand. di. leg. ced. l. un. §. 1. C. de cad. toll.* Dominium verò rei legatæ tranſit ad legatarium à die aditæ hæreditatis *l. ſervum 44. §. 1. ſervo legato 69. l. ſi tibi homo 86. § cùm ſervus ff. de legat. 1. l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. à Titio ff. de furt.*

Veniamus ad rem noſtram. Legatum ante diem repudiari non poteſt *d. l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione ff. de leg. 2.* Poteſt tamen ante diem agnoſci, non quidem ita ut acquiramus dominium rei legatæ; ſed ita ut legatum nobis debeatur, ut dies ejus 23
cedat. In legatis in diem legatarius ante diem non acquirit dominium rei legatæ *l. Sempronius Attalus ff. de uſufr. legat.* Itaque non poteſt repudiare legatum, quia legatum ad ipſum adhuc non pertinet, ut ait *J. C. in d. l. ſi ita ſit ſcriptum.* hoc eſt, quia ad ipſum non pertinet dominium rei legatæ: repudiando autem id agimus, ut à nobis dominium abjiciamus, imò ut res legata numquam in dominio noſtro fuerit, ſed ſemper in dominio hæredis *l. ſervum 44. §. 1 ff. de leg. 1. l. ſi tibi homo 86. cùm ſervus ff. de legat. 1.* Animadvertendum eſt verbum, *ad nos non pertinet* per textum in *l. ſi dies 21. ff. qu. di. leg. ced. in l. verbum illud 181. ff. de V. S.* ad quem dominium rei non pertinet. Fruſtrà enim conatur abjicere id, quod non habet. Eadem de cauſa nec poſſumus agnoſcere legatum, ita ut dominium ejus acquiramus, quia hoc acquiri non poteſt antequam veniat dies adſcriptus *d. l. Sempronius Attalus ff. de uſufr. leg.* Quare animadvertendum eſt, quod in *l. is poteſt ff. de acquir. hæred.* ait J. C. *Is poteſt repudiare, qui & poteſt acquirere.* Non ait, *qui poteſt agnoſ-*

cere, ſed *qui poteſt acquirere*. hoc veriſſimum eſt, ac propterea legatum in diem nec poteſt repudiari, nec poteſt acquiri ante diem.

Poteſt tamen legatum agnoſci, ita ut legatum debeatur, & cedat legati dies. Etenim hujus legati dies cedit à morte teſtato-
24 ris *l. unic.* §. 1. *C. de caduc. toll. l.* 5. §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* Et hoc eſt, quod ait Pomponius in noſtra *l.* 1. §. *cùm dies certus ff. de cond. & dem.* quod legata in diem ſolvi poſſunt ante diem, *quia certum eſt ea debitum iri*: hoc eſt, certum eſt venturum diem, quo debeantur cum effectu, quo exigi poſſint. Ex quibus conſtat, in hac lege ſupponi legatarium agnoviſſe legatum, & veniente die non repudiaturum legatum. Nam ſi dubitaretur adhuc an legatum repudiaturus ſit, non eſſet certum id ipſum debitum iri.

Ratio autem cur ante diem poſſit agnoſci legatum ita ut debeatur, non verò acquiri, in promptu eſt. Poteſt legatum deberi, etiamſi peti non poſſit: hoc enim commune eſt omnibus obligationibus in diem, ut ante diem peti nihil poſſit, licèt ſtatim nata ſit obligatio *l. cedere diem ff. de V. S.* §. *omnis Inſt.*
25 *tit. de verb. obl.* Quare licèt legatarius agnoverit legatum, & legatum debeatur, non tamen ipſum petere poteſt ante diem. *l. non tamen* 9. *ff. ut legat. nom. cav.* Non poteſt autem legatum acquiri ante diem, quia ſi ante diem dominium rei legatæ tranſiret in legatarium, poſſet legatarius rem ſuam ab hærede vindicare *l. in rem. in princ. ff. de rei vind.* §. 1. *Inſt. tit. de act.* atque ita legatum ante diem conſequi, quod eſt contra mentem teſtatoris. Igitur non rectè deducitur argumentum ab hæreditate ad legatum. Hæreditas quæ repudiari non poteſt, non poteſt adiri, quia adeundo ipſam acquirimus, & ſimul dominium rerum hæreditariarum §. *ult. Inſt. tit. de hered. qual. & diff.* Legatum quod non poteſt repudiari, poteſt agnoſci; quia agnoſcendo acquirimus obligationem à die mortis, non autem dominium, ad quod adipiſcendum dies expectatur, ut accidit in *l. dotis* §. *ult.* & in *l. ſi ego* §. *ſi res ff. de jure dot.* in quibus licet traditio ſecuta ſit ex cauſa dominii transferendi, dominium tamen ex voluntate tradentis non transfertur ante contractas nuptias.

His explicatis, ad propoſitum argumentum facilis eſt & expedita reſponſio. Si legatarius nolit accipere ante diem id, quod ipſi legatum fuit, quia alleget, ſe veniente die repudiaturum legatum, quod reſpondere poteſt argum. text. in *l.* 1. *ff. de curat. bon.* 26
dand. l. in plurium 70. §. 1. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* rectè recuſat id accipere; quia nec ipſius eſt legatum, nec umquam ejus futurum eſt, nec umquam fuit *l. ſervum* 44. §. 1. *ff de leg.* 1. cum aliis ſuprà allegatis. Et neque ipſi legatum debetur, neque debebitur, nec ceſſit, nec cedet legati dies: itaque fruſtrà ei ſolvitur, quod non debetur. At verò ſi tergiverſetur, ac recuſet accipere legatum, quia nondum venit dies rei ſolvendæ, dies legato adſcriptus, fruſtrà recuſat, ac ſine ulla cauſa; quia quamvis dies nondum venerit, ſolvi tamen poteſt, cùm certum ſit debitum iri, ut ait Pomponius in noſtra *l.* 1. §. *cùm dies certus ff. de cond. & dem.*

CAPUT XVII.

AD L. LIBERTIS 18. §. *ab hæredibus ff. de alim. legat.*

SUMMARIUM.

1 *Conditio pro impleta habetur, ſi ſteterit per eum; in cujus perſona debebat impleri.*
2 *Certa ætas legatum reddit conditionale.*
3 *Militia non poteſt videri legata pro alimentis, quando legata ſunt etiam alimenta.*
4 *An certa ætas faciat conditionem in legato, cui onus adjunctum eſt.*
5 *Exponitur* l. Thais §. libertatem ff. de fideic. libert. *&* n. 6.
6 *Rationes reddere tenentur omnes adminiſtratores.*
7 *Redditio rationum continet reliquorum ſolutionem.*
8 *Patroni ſolebant libertis legare alimenta, quæ vivis præſtabant.*
9 *Militia loco alimentorum legata præſumitur.*
10 *Militia quid, & quotuplex?*
11 *Militia Palatina, & domeſtica quæ?*
12 *Militia Sacrorum Scriniorum quæ, & quotuplex?*
13 *Papinianus, & Ulpianus Magiſtri Scriniorum.*

Digitized by Google

14 *Militia Prætoris quæ, & quotuplex?*
15 *Apparitores, Scribæ, qui & quæ eorum militia.*
16 *De pecunia, quæ pro militia introitu ſolvebatur.*
17 *Quæ dicerentur commoda militiæ.*
18. *Portula data ab iis, qui magiſtratus ſuſcipiebant: & quid differrent à pecunia pro introitu militiæ?*
19 *Militiæ quæ erant in commercio.*
20 *Eæ tranſmittebantur ad heredes.*
21 *Militia ex caſu quæ, & quid eſſet caſus. & n. 23.*
22 *Ad quos pertineret pecunia militiæ ex caſu.*
23 *Quanta eſſet.*
24 *Cur legata militiâ, videatur legata æſtimatio.*
25 *Militum ſalarium quod?*
26 *Annona præſtari ſolita Magiſtratibus, & eorum militibus; & quid ſint annonæ.*

PRomiſſum impleamus, & fidem capitis antecedentis exſolvamus. In *l. libertis §. ab heredibus ff. de alim. vel cib. legat.* proponitur hæc ſpecies. Titius rogavit hæredes ſuos, ut Stichum manumitterent, eique manumiſſo alimenta præſtari voluit à Sejo, ſi cum eodem Sejo moraretur; & deinde adjecit hæc verba: *A te autem, Sei, peto, ut cùm ad viceſimum quintum annum perveneris, militiam ei compares, ſi tamen te ante non reliquerit.* Sejus mortuus eſt ante annum viceſimum quintum: quæſitum eſt an liberto militia comparanda ſit, & quando ſit comparanda? Reſpondit Scævola militiam comparandam eſſe eo tempore, quo Sejus perveniſſet ad annum viceſimum quintum, ſi vixiſſet.

Huic legato militiæ videntur adjectæ duæ conditiones. Altera eſt, ſi libertus Sejum non reliquerit. Hæc conditio impleta eſt, quia libertus Sejum non reliquit, & licet cum eo moratus non ſit uſque ad annum vi-
1 ceſimum quintum; tamen cùm per Sejum ſteterit, quominus cum eo moraretur, conditio pro impleta habetur *l. in jure 161. ff. de Reg. Jur. l. jure 24. ff. de cond. & dem. l. heres 66. in fin. l. Julianus 45. ff. eod.* Altera conditio eſt: cùm Sejus ad viceſimum quintum annum pervenerit. Hæc vera con-
2 ditio eſt; nam certa ætas ejus, qui legatum debet, adſcripta legato conditionem facit. *l. ſi ita ſcriptum 16. ff. de man. teſtam. l. ſi ſervus liber. 19. ff. de ſtatu lib. l. fideicommiſſaria 23. §. etiam ff. de fideicomm. libert.*

Itaque cùm Sejus non pervenerit ad annum viceſimum quintum, conditio defecit, & legatum militiæ non debetur *d. l. ſi ita ſcriptum, cum duabus aliis modò adductis.* Et tamen Scævola reſpondit militiam eſſe comparandam, cùm ceſſiſſet id tempus: quaſi legatum militiæ ſit in diem, non ſub conditione.

Neque videtur admitti poſſe Scævolæ reſponſum propter favorem alimentorum. Nam licet non negemus, certam ætatem non facere conditionem favore alimentorum; tamen hic militia non erat legata pro alimentis, cùm præter militiam eidem legata eſſent alimenta *l. Firmio §. 1. ff. quand. di. leg. ced.* Atque hæc alimenta liberto præſtanda ſunt, 3
etiamſi Sejus mortuus ſit *l. Gajo §. Imperator ff. de alim. vel. cib. leg. l. 1. C. de leg.* Cùm igitur liberto debeantur alimenta, non poteſt militia legata eſſe pro alimentis *d. l. Firmio §. 1. ff. qu. dies leg. ced.*

Doctiſſimi Interpretes Jaſon, & Duarenus putant in hoc legato certam ætatem non facere conditionem, quia militia legata erat ad remunerandum libertum propter onus, quod eidem fuerat adjunctum, morandi cum Sejo uſque ad certam illam ætatem. Statuunt igitur certam ætatem non facere con- 4
ditionem in legato, cui onus adjunctum eſt.

Vix poteſt defendi hæc ſententia: contrarium enim conſtitui videtur in *l. Thais §. libertatem ff. de fideic. libert.* Ibi teſtator Cupitum ſervum ſuum manumitti voluit, cùm Marcianus filius ſexdecim annos impleviſſet, ſi tationes reddidiſſet. Huic legato libertatis 5
adſcripta eſt certa ætas filii hæredis, & eſt conjunctum onus reddendarum rationum: & tamen certa ætas conditionem facit, ut conſtat ex illis verbis legis: *nam alteram conditionem.* Et licet libertas debeatur, quamvis filius non pervenerit ad decimum ſextum annum; tamen id receptam eſt favore libertatis: ibi, *humaniore interpretatione*: & ſi alterius generis legatùm eſſet; non deberetur *l. ſi ita ſcriptum 16. ff. de man. teſt. l. ſi ſervus liber. 19. ff. de ſtatu lib. l. fideicommiſſaria 23. §. etiam ff. de fideic. libert.*

Digitized by Google

Ad hæc reſpondet Jaſon : huic legato nullum onus adjunctum fuiſſe , quia rationes reddere in onere numerari non poteſt , cùm quilibet adminiſtrator rationes reddere teneatur. Sed hoc falſum videtur : nam licèt reddere rationes non videatur onus , tamen quando teſtator voluit ſervum manumitti poſt certum tempus , redditis rationibus ,
6 maximum onus ſervo injungit , nempè onus adminiſtrandi res hæredis , & gerendi actum filii uſque ad illud tempus , uſque ad certam illam ætatem filii *l. Thais* 41. § *ab hæredibus ff. de fideic. libert.* Itaque cùm in adducto §. *libertatem* teſtator voluerit Cupitum ſervum eſſe liberum , poſtquam filius ad ſexdecim annos perveniſſet , rationibus redditis , voluit eum gerere actum filii uſque ad illam ætatem , & ad remunerandam ejus adminiſtrationem liberum eſſe voluit. Atque id executus eſt Cupitus in *d. l.* cùm actum domini geſſerit , quod onus utique graviſſimum eſt , quia præter laborem , & occupationem adminiſtrationis continet etiam periculum , cùm in reddendis rationibus reliqua ſolvere debeat , & reſpondere , ſi quid negligentiâ
7 ſuâ amiſſum eſt *l. quamvis* 32. *l ſi cui* 50. *l. Julius* 81. *l. cùm ſervus* 82. *verſ. quid ergò. l. qui ſub conditione* 111. *ff de condit. & demonſtr. l. qui filium* 22. §. 1. *ff. de man. teſtam. l. Sticho* §. *ſervus ff. de ſtatu lib.* & alibi paſſim in Jure noſtro.

Veriſſimum puto in ea lege certam ætatem non habere vim conditionis favore alimentorum. Jam ſatis conſtat id receptum favore libertatis , humanitate id ſuggerente *l. fideicommiſſaria* 10. *C. de fideic. lib. l. fideicommiſſaria* 23. §. *etiam l. Thais* §. *libertatem ff. eod. l. ſi ſervus liber ff. de ſtatu lib. l. ſi ita ſcriptum* 16. *ff. de manum. teſtam.* In multis autem par eſt libertatis , & alimentorum favor. Quod ut intelligamus , obſervandum eſt quod in ea lege relicta erant alimenta liberto , ut cum Sejo moraretur , donec Sejus ad viceſimum quintum annum perveniſſet. Poſt hoc tempus rogatus eſt Sejus emere militiam liberto , hæc militia ſubrogatur in locum alimentorum , ut habeat libertus unde ſe alat etiam eo tempore , quo cum Sejo amplius non morabitur. Solebant patroni libertis ſuis alimenta legare *l.* 3. *l. alimenta. l. alio l. verba teſtamenti. l. Gajo. in princ. l. à filio* §. *ult. l. libertis. in princ. ff. de alim. vel cib. legat. l. Semprorio ff. de uſufr. leg. l. ex parte* §. *ſervo ff. fam. hercisc. l. alimentorum* 11. *ff. de adſign. libert.* Et quia vivis alimenta præſtabant , ſæpè ſolebant ea legare , quæ vivis præſtabant. *l. Sejo* §. *ult. ff. de ann. legat. l. Sempronio ff de uſufr. leg. l. alimenta* §. 1. *& ult. l. teſtamento l. Stichus l. Mela* §. *ſed ſi. l. alio & l.* 4. *ff. de alim. & cib. leg.* Hic etiam patronus voluit liberto ſuo alimenta præſtari , ſed cum minimo incommodo tùm ipſius liberti , tùm ipſius Seji , quem gravare voluit. Itaque cùm nollet gravare libertum , ut ſemper cum Sejo moraretur , nolletque Sejum perpetuo incommodo alimentorum afficere , rogavit Sejum , ut poſt expletam minorem ætatem liberto militiam emeret , ex qua poſſet libertus ſe alere , & eodem tempore liberaretur Sejus ab onere alendi libertum , & libertus ab onere morandi cum Sejo. Militia diurnum , aut menſtruum , aut annuum erat ſalarium , & emolumentum , ac redditus. Itaque militia videtur relicta pro alimentis , ſicut legata annua pro alimentis relicta præſumuntur , ut conſtat ex noſtra *l. libertis.* §. *poſthumis ff.* 9
de alim. leg. l. ſi cum præfinitione 20. *juncta l. cùm in annos* 10. *& duabus ſequentibus ff. quand. dies legat. ced.* præſertim in caſu noſtro , in quo militia ſubrogatur in locum alimentorum , & relinquitur eo tempore , quo amplius præſtanda non ſunt. Etenim teſtator voluit liberto præſtari alimenta donec cum Sejo moraretur : voluit autem cum Sejo morari , donec Sejus ad 25. annum perveniret.

Atque ut apertius hoc ſit , breviter explicandum eſt quid eſſet militia , de qua toties in Jure noſtro mentio. Militia alia erat ar- 10
mata , alia inermis , ſeu urbana. Tacit. *Hiſt. lib.* 1. *Urbana militia impiger : bellorum inſolens.* Cicer. *pro Muran. Servius hic nobiſcum hanc urbanam militiam reſpondendi , ſcribendi , cavendi , plenam ſollicitudinis , ac ſtomachi ſecutus eſt.* Hæc urbana militia

in

in plures partes dividebatur: comprehendebat enim officia omnia, ac munia, omneſque qui aut Imperatori miniſtrabant, aut Magiſtratibus.

Imperatorum duplex erat militia, Palatina, & Sacrorum Scriniorum. De militia
11 Palatina agitur in *tit. C. de palatin.* in *tit. C. Theodoſian. & Juſtinian. de privileg. eor. qui in ſacr. palat. milit.* in *tit. utriuſque C. de Caſtrenſian.* & aliis multis. Sidon. *lib.* 1. *epiſt. ad Eutrop. Scribendi cauſa vel ſola, vel maxima, qua te ſcilicet à profundo domeſtica quietis extractum ad capeſſenda militia palatina munia vocem* D. Hieronym. *in epitaph. Nepotiani: Referret alius, quod in palatii militia ſub chlamyde, & candenti lino corpus ejus cilicio tritum ſit.* Hæc appellatur militia domeſtica à Caſſiodoro *lib.* 11. *form.* 6. & palatini appellantur milites ſedis noſtræ ab Imperatore apud Caſſiod. *lib.* 12. *form.* 16. Comprehendebat hæc militia omnes, qui aulica munia obibant, ut Comites palatinos, Comitatenſes, Domeſticos, Largitionales, Privatianos, Mittendarios, & cæteros omnes, qui in palatio munus aliquod, aut officium exercebant. Erant præthereà ſcholæ palatinæ, quarum decem numerantur in Notitia utriuſque Imperii, undecim verò fuiſſe teſtatur Imperator Juſtinian. in *l. ult. C. de locat.* Sed hoc militiæ genus ad armatam potius referendum eſt, quam ad urbanam, ſicut refertur à Juſtiniano in *d. l. ult. C. de locat.* cùm ſtiparent ac cuſtodirent Principem, eique domi foriſque ſecuritatem præſtarent, paucis tantum exceptis.

Militia ſacrorum ſcriniorum multiplex erat: etenim in Notitia utriuſque Imperii quatuor ſcrinia ſacri palatii recenſentur:
12 Scrinium memoriæ, ſcrinium epiſtolarum, ſcrinium libellorum, ſcrinium diſpoſitionum. Horum varia officia, ac nomina: Exceptores, Amanuenſes Librarii, Memoriales, Cornicularii, Laterculenſes; &, qui dignitate præcellebant, Proximi ſcriniorum, Comes diſpoſitionum, & Magiſtri ſcriniorum. De quibus agitur in *tit. C. de magiſtr. ſacr. ſcrin.* & in *tit. de prox. ſacr. ſcrin.* & paſſim in libro Codicis duodecimo. Ad hoc militiæ genus pertinere poteſt etiam Quæſtor ſacri palatii. Horum militia appellatur litterata in *l.* 8. *C. de prox. ſacr. ſcrin.* Symmach. *epiſt.* 124. *lib.* 7. *fungitur militia in ſcriniis litterarum.* Ad hos enim cura libellorum Principi oblatorum, epiſtolarum, conſtitutionum, decretorum, aliarumque hujus generis rerum attinebat. Scriniorum Magiſter fuit Papinianus noſter. Aurel. Vict. *de Papiniano: Ferunt illo tempore Baſſiani ſcrinia curaviſſe.* Exiſtimo eum fuiſſe Magiſtrum ſcrinii libellorum. Tryphoninus in *l. reſcriptum* 11. *in princ. ff. de diſtr. pign. Reſcriptum eſt ab Imperatore libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere poſſe.* Doctiſſimus 13
Salmaſius putat eum fuiſſe Magiſtrum omnium ſcriniorum, quia principes ſingulorum ſcriniorum vocabantur *Proximi* cujuſque ſcrinii, nec à magiſtris ejus ſcrinii diſtinguebantur. Quæ opinio non videtur vera, cùm in noſtro Codice ſeparati ſint tituli *de Magiſtris Sacrorum ſcriniorum, & de proximis ſcriniorum.* Sed ad hoc noſtrum inſtitutum non pertinet hæc diligentius, & perquiſitius examinare. Ulpianum quoque noſtrum Magiſtrum Scriniorum fuiſſe conſtat. De hoc Feſt. Ruf. *hic Alexander Scriniorum Magiſtrum habuit Ulpianum*; idemque teſtatur Lampridius.

In Prætorio quoque ſicut in Palatio, duplex erat militia, forenſis, & Apparitorum. Forenſi militiæ adſcribebantur advocati. Caſſiod. *lib.* 5. *form.* 4. *Advocati tibi militant eruditi.* Impp. Leo & Anthemius in *l. advocati* 14. *C. de advoc. div. judicior. Nec enim ſolos noſtro Imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur, ſed etiam advocatos: militant namque cauſarum patroni, qui glorioſa vocis confiſi munimine, laborantium ſpem, vitam, & poſteros defendunt.* 14

Apparitores quoque militare dicuntur *l.* 4. 5. & 9. *C. de diverſ. off. & apparit. & toto tit. C. Theod. de div. off. & apparit.* Aſcon. *in* 3. *Verr. Acceſſus nomen eſt ordinis, & promotionis in militia.* Caſſiod. *lib.* 6. *form.* 25. *Omnes Apparitores decet habere Judices ſuos, nam cui Præſul adimitur, & militia*

Digitized by Google

15 *denegatur.* Et *lib.* 7. *form.* 28. *Si Præſulem*
ademeris, militem non relinquis: apparitio
enim tollitur, quoties qui jubere poterat,
abrogatur. Ingens horum numerus: com-
prehendit enim omnes, qui Magiſtratibus
miniſtrabant, Lictores, Accenſos, Præcones,
Interpretes, Scribas, & hujus generis cæte-
ros. Cicer. in *Orat. pro Cluent. Quid ſibi*
autem illi ſcribæ, quid lictores, quid cæteri,
quos apparere huic quæſtioni video, volunt?
Liv. *lib.* 9. de Flavio ſcriba. *Invenio in qui-*
buſdam annalibus, cùm appareret Ædilibus.
Corn. Nepos de Eumene, qui Philippi ſcriba
fuerat: *Eumenes annorum quinque & qua-*
draginta, cùm ab anno viceſimo ſeptem annos
Philippo apparuiſſet. & Feſt. *lib.* 12. *Navalem*
ſcribam definit eum eſſe, *qui in nave appa-*
rebat. Igitur Apparitores dicebantur ii om-
nes, qui præſto erant ad obſequium Ma-
giſtratûs: ut ait Servius ad illud Virgilii 12.
Æneid. Sævique in limine regis apparent.
Magiſtri militum trecenti erant Apparitores,
præter ſupernumerarios. Comes Orientis
ſexcentos Apparitores habere poterat. *l. un.*
C. de apparit Comit. Orient. Proconſul, &
Legatus quadringentos *l.* 2. *C. de apparit.*
Procons.

Ex his, quæ diximus, facilè quilibet in-
telliget, quid eſſent hæ militiæ, & quam
magnus earum numerus. Cogita enim omnes
palatinos, omnes Magiſtratus urbanos, om-
nes dignitates, quoſdam Magiſtratus muni-
cipales; & immenſam propemodum ſum-
mam eorum militum, quorum officio, &
opera utebantur, colliges.

Qui has militias conſequebantur, ſole-
bant certam pecuniæ ſummam pro introitu
dare. Scævola in *l. his verbis. pen.* §. *alumno*
ff. de legat. 3. *Alumno præcepit militiam his*
verbis. Sempronio alumno meo illud, & illud:
& cùm per ætatem licebit, militiam illam,
cum introitu comparari volo. Quæſitum eſt,
ſi Sempronius eam militiam ſibi comparaverit,
an pretium ejus, ſed & id, quod pro introitu
erogari ſolet, ex cauſa fideicommiſſi ab hære-
dibus conſequi poſſit. Et in §. *ult. ejuſd. legis*
idem teſtator liberto militiam his verbis le-
gavit. *Sejo liberto meo militiam do, lego illam,*
quam militiam, & teſtator habuit. Quæſitum
eſt, an onera omnia, & introitus militiæ ab
hærede ſint danda: reſpondit danda. Adjuto- 16
res Quæſtoris ſolvebant pro introitu centum
ſolidos *Auth. de adjut. Quæſt.* 35. Qui in
ſacris ſcriniis militabant, ſolvebant pro in-
troitu 250. ſolidos Proximo, & prætereà
viginti, aut quindecim ſolidos Mellopro-
ximo, ſeu Adjutori, pro conſuetudine uniuſ-
cujuſque ſcrinii *l. unicuique* 7. *C. de prox.*
ſacr. ſcrin. Qui domeſticorum Præſentalium
militiæ adſcribebantur, duo millia ſolido-
rum Comiti Domeſticorum pro introitu ſol-
vebant, ut conjecturâ aſſequi licet ex *l. reſti-*
tuendæ 6. §. *licentiam C. de advoc. diverſ.*
Judicum. Qui in Scholam Protectorum Do-
meſticorum recipiebantur, ſi propter labo-
res & merita ad eam militiam fuiſſent
evecti, denos quinos ſolidos ſportularum
nomine ſolvere debebant, qui Primatibus
diſtribuebantur; ſi gratiâ, vel potentiâ,
quinquagenos ſolidos *l. ſicuti* 3. *C. Theod. de*
Domeſt. & protector. Conſules centum pondo
auri *l.* 2. *C. de Conſul.* Contrà patronus fiſci
nihil pro introitu ſolviſſe videtur *l. petitio-*
nem 13. *verſ. quando C. de advoc. diverſ. ju-*
dicior. Cùm autem hæc pecuniæ ſumma per-
tineret ad eos, qui erant ejuſdem militiæ,
idcircò J.C. in *l. Lucius Titius* 22. *ff. de leg.*
2. *ait. Lucius Titius in teſtamento ſuo Publio*
Mævio militiam ſuam reliquit, ſive pecuniam
ejus, quæcumque redigi ex venditione ejus
potuerit, cum ſuis commodis. Hæc erant 17
commoda militiæ: niſi quis malit hæc inter-
pretari de ſalariis, quæ milites à privatis
conſequebantur, de quibus in *l. creditor* 52.
§. *inter. ff. de act. empt.* cujuſmodi erant
ſportulæ, quas Apparitores à litigantibus
conſequebantur *l. omnes* 33. §. *executoribus*
C. de Epiſc. & Cleric. l. 1. *& tot. tit. C. de*
ſportul. §. *tripli Inſtit. de action.* Ad hæc
eadem onera, ſummamque pecuniæ, quæ
pro introitu ſolvebatur, alludere videntur
Juriſconſulti in *l. quæ utiliter. in princ. ff. de*
negot. geſt. in *l.* 1. §. *ſed an id* 16. *ff. de*
collat. in *l. Publius Mævius* 36. *in princ. ff.*
de condit. & demonſtr. l. 6. §. 1. *ff. de decu-*
rion. in *l. ſi ſponſus* 5. §. *ſi mulier* 17. *de don.*

int. vir. & uxor. in *l. ult. ff. de petit. hæred.* Qui enim aliquem Magiſtratum inibant, aut Sacerdotium ſuſcipiebant, ſportulas dare ſolebant. Plin. *ad Trajan. ep.* 115. 114. & *ep* 117. *Qui virilem togam ſumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt Magiſtratum, vel opus publicum dedicant, ſolent totam bu-*
18 *len, atque etiam è Plebe non exiguum numerum vocare, binoſque denarios, vel ſingulos dare.* Sidon. *epiſt.* 6. *lib.* 8. de Conſule Aſterio, conſulatum ſuſcipiente: *Itaque ut primum brevi peracta, nec brevis ſportula, datique faſti. &c.* Sed cùm hæ pecuniæ ſpargerentur in vulgus à Conſulibus, conſtitutum eſt, ut ab illis centum pondo auri præſtarentur pro introitu ad inſtaurationem aquæductuum *l.* 2. *C. de Conſul.* Quod & aliàs factum eſt, ut hæ pecuniæ alicui operi publico deſtinarentur. Plin. *ad Trajan. epiſt.* 48. *lib.* 10. *Claudiopolitani quoque in depreſſo loco, imminente etiam monte, ingens balneum defodiunt magis, quàm ædificant, & quidem ex ea pecunia, quam buleutæ addunt beneficio tuo, aut jam obtulerunt ob introitum.* Illud animadverſione dignum eſt, quod militia acquiſita pecuniâ patris confertur à liberis *l. illud. penult. C. de collat.* Nam & ea imputatur in legitimam, exceptâ militiâ Silentiariorum *l. omnimodò* 30. *§. ult. C. de inoff. teſtam.* At verò id, quod pater dedit nomine dignitatis, hoc eſt, ob introitum & impenſas, quæ fiunt in dignitate ſuſcipienda, non confertur: hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportet *l.* 1. *§. ſed an id.* 16. *ff. de collation.*

Ex his militiis multæ erant in commercio: nam & vendi poterant, & pignori obligari, & legari, atque in hæredes tranſmitti *l.* 5. *verſ. manente C. qui milit. poſſ. l. omnimodò* 30. *§. ult. C. de inoff. teſtam. l. ult. C. de pignor. Auth. de exhib. vel introd. reis.* 53. *cap.* 5. *Auth. de æqualit. dot.* 97. *cap* 4.
19 Hinc toties in Jure noſtro mentio militiæ aut venditæ, aut legatæ *l. creditor* 52. *§. inter venditorem ff. de act. empt. l. Lucius Titius* 22. *l. mortuo bove* 49. *§.* 1. *ff. de leg.* 2. *l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi ſervo ff. de legat.* 3. *l.* 3. *§. ſi quid minori ff. de minor. & noſtra l. libertis §. ab hæredibus ff. de alim. vel cib. leg.* Ut puta, militia Adjutorum Quæſtoris vendi poterat centum ſolidis, ita tamen ut is, qui militiam emebat, & ſubrogabatur in locum venditoris, electione Quæſtoris fieret Adjutor *Auth. de adjutor. Quæſtor.* 35. Militia quoque Silentiariorum ſacri palatii vendebatur, ut conſtat ex *l. omnimodo. in fin. C. de inoff. teſtam.* Procop. in *Hiſtor. arcana*: *Sunt in Imperatoria domo dignioris planè ordinis milites alii, quibus quo majori pretio militiæ nomina ſibi comparant, eò major ab ærario publico ſolvitur penſio.* Cùm autem venales eſſent hæ militiæ, quæ digniſſimæ erant, dubitandum non eſt multò magis venales fuiſſe militias Apparitorum, Scribarum. Militiæ etiam Ciceronis tempore vendi cœperant. Id ipſe teſtatur in quinta in Verr. *Ad eos me ſcribas revoca, ſi placet: noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis, ac de ſcenicorum corollariis, cùm decuriam emerunt ex primo ordine explſorum in ſecundum ordinem Civitatis ſe veniſſe dicunt.* Et paulò poſt: *Mirabimur turpes aliquos eſſe in eo ordine, quo cuivis pretio licet pervenire?* Scribæ autem erant digniores cæteris Apparitoribus. Igitur multò magis venales erant militiæ aliorum Apparitorum. Quapropter in lege, quam explicamus, jubetur liberto comparari militia, nempè militia Accenſorum, Præconum, Viatorum, & aliorum Apparitorum, cui ferè ſolebant adſcribi libertini. Tacit. de libertinorum ordine lib. 13. *Hinc plerumque tribus, decurias, miniſteria Magiſtratibus, & Sacerdotibus, cohortes etiam in Urbe conſcriptas, & plurimis Equitum, pleriſque Senatoribus non aliunde originem trahi.* M. Tullius *ep. ad Q. Fratrem. Accenſus ſit eo etiam numero, quo eum Majores noſtri eſſe voluerunt, qui hoc non in beneficii loco, ſed in laboris, & muneris, non temerè niſi libertis ſuis deferebant; quibus illi quidem non multò ſecùs, ac ſervis ſuis imperabant.* Idem in *Orat. pro Cornel. Cajum Publicium Menandrum, libertinum hominem, apud majores Legatos in Græciam proficiſcentes interpretem ſecum habere voluiſſe.*

Reliqua jam proſequamur. Hæ militiæ in

Digitized by Google

liberos, & hæredes transferebantur. Neque enim aſſentior doctiſſimo Connano, qui putat pleraſque militias ad hæredes non potuiſſe tranſmitti, licet vendi poſſent, & obligari. Id enim, quod ſciam, nuſquam traditum
20 eſt: imò ſemper in Jure noſtro conjunguntur venditio, & legatum, ſeu tranſmiſſio ad hæredes *l. Lucius Titius* 22. *l. mortuo* 49. §. 1. *de legat.* 2. *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi ſervo ff. de leg.* 3. *l. omnimodò* 30. §. *ult. C. de inoff. teſt. Novell.* 35. *de adjut. Quæſt. Nov.* 53. *de exhibend. reis cap.* 5. *Nov.* 97. *de æqual. dot. cap.* 4. *l.* 7. *junctâ l.* 11. *C. de prox. ſacr. ſcrin.* Neque cuiquam ſcrupulum injiciat, quod bis hæc duo disjunguntur in *l. ult. C. de pignor.* ibi: *Eam tamen, quæ vendi, vel ad hæredes ſub certa definitione tranſmitti poteſt.* & infrà: *Militiam, quæ vendi, vel ad hæredes tranſmitti poteſt.* Diſjunctio illa videtur ſignificare diverſas fuiſſe militias, quæ vendebantur, à militiis, quæ ad hæredes tranſmittebantur. Sed non ita eſt: id enim ſignificatur illis verbis: *militiæ quæ vendi poſſunt, vel ſi non ſint venditæ à vivo militante, ad hæredes ejus tranſmittuntur.* Ita explicat Juſtinianus in *l. omnimodò* §. *ult. C. de inoff. teſtam.* ibi: *Eo quod talis ſit militia ut vendatur; vel mortuo militante certa pecunia ad ejus hæredes perveniat.* Hac ſolâ lege evinci poteſt militias, quæ vendebantur, ad hæredes tranſiiſſe. Præſertim quia hæc tranſmiſſio plerumque ſpecies quædam erat venditionis, ut modò explicabimus.

Doctiſſimo Viro, ut arbitror, impoſuit, quod putavit militias ex caſu ad hæredes non potuiſſe tranſmitti, quod falſum puto. Nam hæ ipſæ erant, quæ ad hæredes tranſibant. Rem totam, ut potero, paucis ex-
21 plicabo. Militiæ quæ vendi poterant, ad hæredes, & liberos transferebantur: ſed quia hæ militiæ deſiderabant operam, & miniſterium militantis, & ideò perſonæ cohærere dicuntur in *l.* 3. §. *ſi quid minori ff. de minor.* & huic miniſterio non ſemper hæres erat idoneus, idcircò loco hæredis minus idonei alius erat ſubrogandus idoneus: hic autem qui ſubrogabatur defuncto vice hæredis, aut liberorum, ſolvebat hæredi certam pecuniæ ſummam, quæ vocabatur *caſus militiæ.* Conſtitutum id in *l. ſi quis in ſacris C. de prox. ſacror. ſcrin.* & conſtat ex *l. omnimodò* §. *ult. C. de inoff. teſtam.* & ex *Novell.* 97. *de æqualit. dot. cap.* 4. ibi: *& in hoc fiat pactum, ut caſu proveniente prior ſit ſolus, qui ad hoc pecuniam credidit, huic ſolo caſui cedere mulierem.* Caſus hic, erat illa pecunia, quam modò dicebamus. Et hoc ſignificat Juſtinianus in *l. ult. C. de pignor.* ibi: *Eam tamen, quæ vendi, vel ad hæredes ſub certa definitione tranſmitti poteſt.* Sub certa definitione tranſmittebatur, quia ſi hæredes eſſent idonei, & vellent militiæ adſcribi, ad ipſos pertinebat: ſin minus, caſum, ſeu certam illam pecuniæ ſummam percipiebant. Et infrà *in ead. l. & poſt mortem eorum exigere, quod pro iiſdem militis pro tenore communis militantium placiti, vel divinæ ſanctionis tale præſtantis beneficium, dari ſolet.* Excipiebatur fiſci patronus, quo mortuo, is qui ſubrogabatur, nihil ſolvebat liberis defuncti *l. poſitionem* 13. *verſ. quando C. de advocat. diverſ. judicior.*

Duo ſunt animadverſione digna. Primum, quod hæc pecunia ad liberos primum perveniebat etiamſi hæreditatem non adiſſent, non quidem titulo hæreditatis, ſed privilegii, itemque ad uxorem defuncti, poſteà 22
verò ad eum creditorem, qui ad emendam militiam pecuniam dederat, ac denique ad alios creditores, quibus militia erat pignori obligata. *Novell.* 53. *de exhib. reis cap.* 5. *Nov.* 35. *de adjutor. Quæſtor. l. ſi quis in ſacris* 11. *C. de prox. ſacror. ſcrinior.*

Alterum eſt, quòd hæc pecuniæ ſumma tanta erat, quanta pro introitu dari ſolebat *l. ſi quis in ſacris* 11. *junctâ l. unicuique* 7. *C. de prox. ſacr. ſcrinior.* obſervando quod hæc ad illam refertur. Hæc autem tanta erat, 23
quanta vendi poterat militia, *Novell. de adjut. Quæſtor.* 35. Itaque ad hæredes pervenire ſolebat æſtimatio ipſius militiæ, quæ ex caſu dicebatur, quia quoties ſubſtituebatur alius in locum alterius, ille loco cadere dicebatur. *d. Novell.* 35. Itaque caſus dice-

batur pecunia, quæ dabatur his, qui loco ceciderant, ea ipſa de cauſa, quod ceciderant.

His expoſitis facilius poſſunt explicari *l. mortuo bove 49. § 1. in fin. ff. de legat. 2. l. fideicommiſſa 11. §. ſi ſervo ff. de legat. 3.* ex quibus conſtat, legi à militiâ videri legatam
24 ejus æſtimationem. Nam cùm legatario perſolvenda eſſet æſtimatio, ſi non eſſet idoneus, aut nollet militare, ut ſæpè evenire ſolebat, æſtimatio ipſa legata videbatur. Et ideò in *l. Lucius Titius 22. ff. de legat. 2.* accuratus admodùm fuit teſtator, qui militiam legavit, aut pecuniam, quæ ex venditione ejus redigi poſſet.

Hinc etiam intelligimus cur in *l. libertis §. ab heredibus ff. de alim. legat.* quam explicamus, teſtator non legaverit liberto militiam, ſed voluerit ei militiam comparari. Nam cùm vellet libertum ex militia alimenta ſuſcipere, noluit ei perſolvi æſtimationem militiæ, ſed rogavit Sejum, ut ei militiam emeret, nempè eam, cui eſſet idoneus, ut indè poſſet alimenta percipere, in quorum locum ibi militia ſubrogatur.

Atque ut apertius hoc ſit, eâdemque operâ plenam, atque perfectam harum militiarum cognitionem aſſequamur, adhuc pauca
25 de his ſubjicienda ſunt. His omnibus militibus certum ſalarium erat conſtitutum, quod ipſis de publico ſolvebatur. Plin. *lib. 31. cap. 7. Sal honoribus etiam, militiaque interponitur: ſalariis indè dictis, magna apud Antiquos auctoritate, laborumque requies non alio magis vocabulo conſtat.* Veteres gloſſæ *annonam, ſalarium* interpretantur. Conſtabat enim ſalarium frumento, vino, oleo, carne, rebuſque omnibus, quæ alendo homini ſunt neceſſariæ. Epiſtola Valeriani de ſalario Claudii Tribuni: *Huic ſalarium de noſtro privato ærario dabis annuos frumenti modios tria millia. Vini veteris ſextarios tria millia quingentos. Olei boni ſextarios centum quinquaginta &c.* Alia epiſt. ejuſd. de ſalario Probi Tribuni: *Huic dari jubebis in ſalario diurno bubula pondo; porcina pondo ſex, caprina pondo decem &c.* Et de ſalario Aureliani: *Sinceritas tua ſupradicto viro efficiet, quamdiu Romæ fuerit, panes militares quadraginta: vini menſalis ſextarios quadraginta: porcellum dimidium: gallinaceos duos &c.*

Qui cùm poteſtate, aut legatione in Provincias proficiſcebantur, ſalarium hoc accipiebant. Cicer. *in Verr. lib.* 4. in princ. *Neminem, qui cum poteſtate, aut legatione in Provinciam eſſet profectus, tam amentem fore putarunt, ut emeret argentum; dabatur enim de publico: ut veſtem; præbebatur enim legibus. Mancipium putaverunt; quo & omnes* 26
utimur, & non præbetur à Populo. Sanxerunt ne quis emeret mancipium, niſi in demortui locum. Aſcon. in *Divinat.* ea Ciceronis verba: *frumentum in cellam*: interpretatur frumentum in uſus cellæ: hoc eſt, annonam Prætoris, quæ in frumenti certo numero præbebatur à provincialibus. Ex hac annona Prætor ſalarium ſolvebat ſuis Apparitoribus, nec ſupra eam aliquid à provincialibus exigere poterat. *l. det operam 3. C. Theod. de offic. judic. omn.* Nec ſolùm Apparitoribus, & Dignitatoribus, ſed & cæteris adminiculis cunctarum dignitatum, & iis qui in ſacro palatio, & ſacris ſcriniis militabant, annona præſtabatur. *l. annonas omnes 35. C. Theodoſ. de erogat. milit. ann. l. annonas 15. C. Juſtin. de erogat. milit. ann. l. ſcriniis 7. & l. & olim 11. C. Theod. de palatin.* Ammian. Marcellin. *lib. 22. Evenerat iiſdem diebus, ut ad demendum Imperatoris capillum tonſor venire præceptus, introiret quidam ambitiosè veſtitus. Quo viſo Julianus obſtupuit. Ego, inquit, non rationalem juſſi, ſed tonſorem acciri. Interrogatus tamen ille, quid haberet ex arte compendii: vicenas diurnas, reſpondit, annonas, totidemque pabula jumentorum, quæ vulgò dictitant capita, & annuum ſtipendium grave, abſque fructuoſis petitionibus multis. Unde motus, omnes hujuſmodi cum cocis, ſimilibuſque aliis eadem accipere penè conſuetos, ut parum ſibi neceſſarios, data, quò velint, eundi poteſtate, projecit.* Lamprid. *in Alex. Aulicum miniſterium in id contraxit, ut eſſent tot homines in ſingulis officiis, quot neceſſitas poſtularet: ita ut annonas, non dignitatem, acciperent fullones, & veſtitores, & piſtores,*

Digitized by Google

& pincernæ , omnes caſtrenſes miniſtri , quemadmodum poſtis illa inſtituerat ; ſed annonas ſingulas , vel binas. Et paulò poſt: *Medicus ſub eo unus palatinus ſalarium accepit , cæteri omnes , qui uſque ad ſex fuerunt , annonas binas , aut ternas accipiebant , ita ut mundas ſingulas conſequerentur , alias aliter.* Annonas , id eſt , *panes* , ut rectè interpretatur doctiſſimus Salmaſius : nam annona in numero ſingulari ſignificat frumentum, vinum, oleum , carnem , & alias ejuſmodi cellarienſes ſpecies ; in numero verò multitudinis ſignificat panes. Et ideò hîc opponuntur ſalarium , & annonæ. Quamquam etiam in numero multitudinis videntur aliquando continere omnes ſpecies annonarias , ut in *l.* 10. 12. 13. 17. 19. 20. 22. 27. 28. 29. 31. 32. 34. 35. *& ult. C. Theodoſ. de erogat. milit. annon.* Antiquariis etiam ad componendos , reparandoſque Bibliothecæ Codices Valens Imperator annonas populares caducas jubet impertiri *l.* 2. *C. Theodoſ. de Stud. liberal. Urb. Rom.* & Magiſtros liberalium artium , Grammaticos, Oratores, Juriſconſultos, annonas accepiſſe teſtatur Caſſiod. *lib.* 9. *form.* 21. faciunt ad rem quæ idem tradit *lib.* 6. *form.* 22. *& lib.* 12. *form.* 15.

Hæc perſpicuè ſcribere , atque enodata diligenter exponere de re obſcura , atque difficili , & in vulgus non pervulgata , operæ pretium duximus ad explicationem noſtræ legis , in qua de militia agitur liberto comparanda. Nunc ad propoſitum revertamur : totum illud concludi ſic licet. Multa concurrunt ſimul , quî conjecturam hanc facere poſſimus , ibi militiam pro alimentis legatam fuiſſe. Libertis à patrono relinqui ſolebant alimenta. Militia comparanda erat ex eo tempore , cùm amplius non deberet morari cum Sejo. Militia legatis annuis comparatur , cùm ſit ejus annuum ſtipendium : legata autem annua videntur relicta pro alimentis. Ex militia libertus conſequitur ſalarium , annonam , hoc eſt , ea quæ ad ipſum alendum requiruntur. Nam licèt in *l. annonas* 15. *C. de erogat. milit. ann.* jubeantur adærari annonæ , tamen olim in frumento , vino , oleo , &c. ſolvebantur , ut probavimus. Dubitandum igitur non eſt , ibi legato militiæ contineri alimenta , & favore alimentorum certam ætatem non facere conditionem. Quod demonſtrandum propoſuimus.

CAPUT XVIII.

AD L. SED ET SI SUSCEPIT 52. §. 1. *ff. de judic.*

SUMMARIUM.

1 *Legatum ubi præſtandum?*
2 *Quantitas certo loco circumſcripta vicem gerit certi corporis.*
3 *Legatâ teſſerâ frumentariâ videtur legata æſtimatio. & n.* 9.
4 *Frumentum Populo diſtributum , & qui præeſſent frumentationi.*
5 *Panis diſtributio : quò loci , & quibus fieret?*
6 *Teſſera frumentaria quid : & qua de cauſa inſtituta?*
7 *Panis quotidie accipiebatur : frumentum ſingulis menſibus.*
8 *Teſſera extraordinaria quæ , & quando data?*
9 *Teſſeræ in commercio erant.*
10 *Teſſeræ legatum non extinguitur , ſi quis teſſeram conſequatur titulo lucrativo : & quare.*
11 *Tempore Veterum Juriſconſultorum Romæ ſolummodò frumentatio.*
12 *Poſtea etiam alibi.*

ULpianus in *l ſed & ſi ſuſcepit* §. 1. *ff. de judic.* ait : *Si libertis ſuis teſſeras frumentarias emi voluerit : quamvis major pars hæreditatis in Provincia ſit , tamen Romæ debere fideicommiſſum ſolvi dicendum eſt , cùm appareat id teſtatorem ſenſiſſe ex genere comparationis.* Diximus ſuprà de militiis , nunc aliquid dicendum de teſſeris frumentariis , ut & aliis multis Juris noſtri legibus , & huic præſertim aliquam lucem afferamus , in qua explicanda nihil omninò viderunt veteres Juris Interpretes , Juriſprudentiæ anteſignani.

Cùm quæritur ubi præſtandum ſit legatum , hoc primùm conſtituitur , ibi præſtandum eſſe , ubi teſtator voluit *l. cùm res* 47. 1
ff de leg. 1. Quòd ſi non conſtet de voluntate teſtatoris diſtinguitur hoc modo. Si lega-

ta ſit certa ſpecies, veluti certus equus, Stichus, Areuſa; legatum præſtandum eſt ubi ſita eſt illa certa ſpecies, niſi dolo hæredis aliò tranſlata ſit. *l. quod legatur.* 38. *in princ. ff. de judic. l. ſed & ſi* §. *ſi ea res ff. eod. l. cùm res legata* 47. *in princ. ff. de legat.* 1. Idemque dicendum ſi legata ſit quantitas certo loco circumſcripta *d. l. quod legatur. verſ. ſi adjectum ff. de judic. l. cùm res* §. 1. *ff. de legat.* 1. nam quantitas certo loco circumſcripta conſideratur tamquàm certum
2 corpus *l. ſed ſi certos* 51. *ff. de legat.* 1. *l. planè* §. *ſed ſi non corpus. cum ſeq. ff. eod. l. in ratione* 30. §. *certis ff. ad Leg. Falcid.* Quòd ſi quantitas legata ſit, hoc eſt, res numero, pondere, menſurâve conſtans, nullo loco circumſcripta, aut genus aliquod, præſtandum eſt legatum ubi eſt hæreditas, vel major ejus pars *d. l. quod legatur* 38. *junctâ l. ſi fideicommiſſum* 50. *ff. de judic. l. cùm res* 47. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. un. C. ubi fideic. pet. oport.*

Legatum teſſeræ frumentariæ, magis in quantitate, quàm in corpore conſiſtit *l. Titia Sejo. in princ. ff. de legat.* 2. & cui teſſera legatur, æſtimatio legata videtur *l. mortuo bo-*
3 *ve* 49. §. 1. *ff. de legat.* 2. Itaque hoc legatum videretur præſtandum ubi eſt major pars hæreditatis. Contrarium tamen reſpondit JCtus in noſtra lege: ait enim hoc legatum Romæ præſtandum, etiamſi major pars hæreditatis ſit in Provincia: quia apparet id ſenſiſſe teſtatorem ex genere comparationis. Quorſum hæc pertineant, explicandum eſt, ne cum veteribus Juris Interpretibus exiſtimemus teſſeram frumentariam eſſe genus vaſis, quod Romæ ſolum in uſu eſſet.

Inſtitutum Romæ vetus fuit, ut ad infimam Plebem alendam frumentum publico ſumptu diſtribueretur, quemadmodum aliàs diximus: quò alludit text. in *l. 2. in princ. ff. de nundin. & in l. 1. §. 1. in fin. ff. de mun.*
4 *& honor.* Cogitavit aliquando Auguſtus has publicas frumentationes in perpetuum abolere, quod earum fiduciâ cultura agrorum ceſſaret, non tamen perfecit, quia certum habebat, poſſe per ambitionem quandoque reſtitui, teſte Sueton. *in Auguſt. cap.* 42.

Stante adhuc Republicâ ab Ædilibus frumentum diſtribuebatur. Cæſar duos Ædiles Cereales conſtituit, qui frumento dividendo præeſſent *l. 2. §. capta* 32. *ff. de Origin. Jur.* Auguſtus Præfecturam annonæ ſuſcepit, & Duumviros frumenti dividendi creavit, ut refert Dio Caſſ. *lib.* 54. & Sueton. in *Auguſt. cap.* 37. Præfectus annonæ etiam ante interitum Reip. creatus fuerat, ſed non niſi extra ordinem urgente annonæ caritate; quare à Pomponio dicitur, eum non eſſe Magiſtratum, ſed extra ordinem conſtitutum in *l. 2. §. & hæc omnia* 33. *ff. de Orig. Jur.* Frequens ejus in Jure noſtro mentio, ut in *l. 1. §. ſed ex contrario ff. de exercit. action. l. ult. ff. quod cum eo qui in alien. pot. eſt. l. mulierem ff. de accuſat. l. ult. ff. ad Leg. Jul. de annon.* Ejuſdem meminit Juſtinianus in *Novell.* 88. *de depoſit. cap.* 2. Erant & Curatores annonæ *l. Imperatores §. in locum ff. de appellat.* Niſi fortè ibi Curator annonæ dicitur ipſe Præfectus annonæ, cùm ibi conſtet unicum fuiſſe. Curatores autem annonæ videntur fuiſſe, qui ad coëmendum frumentum, & alias ſpecies mittebantur *l. ult. §. cura ff. de muner. & honor. l. Lucius* 21. *ff. ad municipal. l. ex facto* 30. *ff. de negot. geſt.* Frumentarii verò erant, qui Populo frumentum admetiebantur. Extat illud Lucilii

Frumentarius eſt, modium hic ſecum, atque rutellum
Unum habet.

Et quia opus hoc plenum laboris erat, idcircò Marcus, & Commodus Imperatores reſcripſerunt hos à tutelis excuſari *l. menſores* 26. *ff. de excuſat.*

Aurelianus Imperator pro frumento panes dividere cœpit. Vopiſc. *in Aurel. Aurelianum eo tempore, quo proficiſcebatur ad bellum Orientale, bilibres coronas Populo promiſiſſe, ſi victor rediret. Et cùm aureas Populus ſperaret, neque Aurelianus aut poſſet, aut vellet, coronas eum feciſſe de panibus, qui nunc ſiliginei vocantur, & ſingulis quibuſque donaſſe, ita ut ſiligineum ſuum quotidiè toto ævo ſuo, & unuſquiſque reciperet, & poſteris ſuis dimitteret. Nam idem Aurelianus &*

porcinam carnem Populo diſtribuit, quæ hodieque dividitur. Et paulò infrà: *Statuerat & vinum gratuitum Populo Romano dare, ut quemadmodum oleum, & panis, & porcina gratuita præberentur, ita etiam vinum daretur.* Erant igitur hi panes bilibres, quibus poſtea unciam addidit de Ægyptio vectigali, ut idem gloriatur in epiſtola ad Præfectum annonæ Urbis. Addiderunt & alii alias uncias, alii ademerunt. Imperat. Valentin. in *l. 8. C. Theodoſ. de pane gradil. Civis Romanus, qui in viginti panibus ſordidis, qui nunc dicuntur Sardinienſes, quinquaginta uncias comparabat, triginta & ſex uncias in buccellis ſex mundis ſine pretio conſequatur.*

Vocabantur hi panes civiles *l. ult. §. ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de quadr. præſcr.* ſeu civiles annonæ *l jubemus* 14. *C. de Sacros. Eccleſ. l. un. §. cùm autem. in fin. C. de rei uxor. action. l. hac edictali §. his illud C. de ſecund. nupt. Novell.* 88. *de depoſit. cap.* 2. Annona enim in numero multitudinis panes
4 ſignificat. Appellabantur etiam *panis gradi-*
5 *lis*, quia in gradibus diſtribuebatur *l. 2. l. 3. & 4. & tot. tit. C. de annon. civ. & pan. gradil.* An in gradibus Amphitheatri, vel Circi maximi diſtribueretur, non ſatis conſtat. Multitudo accipientium Circo maximo potius convenire videtur, quàm Amphitheatro: idque non obſcurè videtur indicare Ammiam. Marcell. *lib.* 28. qui infimam Plebem ſic incuſat: ***Hi omnes, quod vivunt, vino, & teſſeris impendunt, & luſtris, & voluptatibus, & ſpectaculis, eiſque templum, & habitaculum, & concio, & copia eorum, & ſpes omnis Circus eſt maximus.*** Hac de re diſputat accuratè Salmaſ. *in Vopiſc. Aurelian.* ubi etiam notat Heraclio imperante ſublatam fuiſſe hanc erogationem civilium annonarum.

Non tamen omnes Cives hoc frumentum, aut panes accipiebant, ſed tenuiores tantummodo, quorum nomina in tabulis publicis incidebantur. Senec. *lib. 4. de benef. cap.* 28. *Frumentum publicum tàm fur, quàm perjurus, & adulter accipiunt, & ſine diſcrimine morum quiſquis inciſus eſt.* Sueton. *in Cæſar. cap.* 41. *Recenſum Populi nec more, nec loco ſolito, ſed vicatim per dominos inſularum egit, atque ex viginti trecentiſque militibus accipientium frumentum è publico, ad centum quinquaginta retraxit. Ac ne qui novi cœtus recenſionis cauſâ moveri quandoque poſſent, inſtituit quotannis in demortuorum locum, ex his, qui recenſiti non eſſent, ſubſortitio à Pratore fieret.* Plin. *in Panegyr. ad Trajan. Datum eſt iis, qui poſt Edictum tuum in locum eraſorum ſubditi fuerant, æquatique ſunt cæteris illi etiam, quibus non erat promiſſum.* Et paulò infrà: *Tu ne rogari quidem ſuſtinuiſti, & quamquàm lætiſſimum oculis tuis eſſet conſpectu Romanæ ſobolis impleri, omnes tamen antequàm te viderent, recipi, incidi juſſiſti, ut etiam inde ab infantia parentem publicum munere educationis experirentur.* Et deindè: *Dent tibi, Cæſar, ætatem Dii, quam mereris, ſerventque animum, quem dederunt, & quanto majorem infantium turbam iterum atque iterum incidi jubebis?* Lamprid. *in Antonin. Diadum Vellem, Quirites, jam præſentes eſſemus. Antoninus veſter vobis congiarium ſui nominis daret. Daret præterea & pueros Antoninianos, & puellas Antoninianas, quæ tam grati nominis gloriam propagarent.* Rectè Salmaſius emendat: *incideret præterea.*

Qui inciſi erant teſſeram frumentariam accipiebant; nempè ſignum quoddam in ſphærula lignea, vel lignea teſſera, quam κάλαμον & καλάμιον Græci vocant, & Juſtinian. in *Novell.* 88. *cap.* 2. ψήφους has teſſeras vocat. A Xiphilino dicuntur *parvi orbes* 6
lignei inſcripti. Diſtribuebat haſce teſſeras Annonæ Præfectus *d. Novell. 88. cap.* 2. ἢ καὶ ψήφους κομιζομένους παρά του τῶν ἀννώνων ὑπάρχου, hoc eſt, *& teſſeras accipiunt à Præfecto annonæ.* Acceptis teſſeris, iiſque oſtenſis frumentum accipiebant, quod ipſis frumentarii menſores admetiebantur: aut accipiebant panem, eo tempore quo panis diſtribui cœpit. Hinc apud Themiſt. *Orat.* 4. καλαμηφόροι illi dicuntur, qui panem, aut frumentum accipiebant, qui id accipere non poterant, niſi teſſeram attuliſſent, ac protuliſſent.

Sciendum autem eſt, quod panis quoti- 7
diè diſtribuebatur, ut conſtat ex ſuperioribus,

bus, unde à Græcis, & Latinis panis, ac cibus diurnus appellabatur, & quidem primo manè: quare à Themiſtio *in d. Orat.* 4. dicuntur matutini teſſeras ferre, qui panem accipiebant. At verò frumentum ſingulis menſibus dividebatur, & teſſeræ dabantur. Sueton. *in Auguſt. cap.* 40. *Ac ne plebs frumentationum cauſâ frequentius à negotiis avocaretur, ter in annum quaternum menſium teſſeras dare deſtinavit, ſed deſideranti conſuetudinem veterem conceſſit rurſus, ut ſui quiſque menſis acciperet.* At Valentinianus, & Valens Imperatores teſſeras ſuſtulerunt, & conſtituerunt ut pro teſſeris titulus æneus in gradibus figeretur, in quo nomen percipientis, & panis modus incideretur *l. Cives Romanos* 5. *in fin. C. Theodoſ. de annon. civic. & pan. gradil.*

Illud etiam monendum eſt, haſce teſſeras aut ordinarias fuiſſe, aut extra ordinem. Ordinarias appello eas, quæ dabantur illis, qui in tabulis publicis inciſi erant, & adſcripti in numerum accipientium frumentum,
8 de quibus hactenus diximus. Extra ordinem
appello eas, quæ inter miſſilia à Conſulibus, & Imperatoribus conjiciebantur in vulgus. Sueton. *in Neron. cap.* 11. *Sparſa & Populo miſſilia omnium rerum per omnes dies: ſingula quotidiè millia avium cujuſque generis, multiplex penus, teſſeræ frumentariæ, veſtis, aurum, argentum, gemmæ, margaritæ, tabulæ pictæ, mancipia, jumenta, atque etiam manſuetæ feræ, noviſſimè naves, inſulæ, agri.* Immanis hæc Neronis prodigentia. Spargebant & Conſules miſſilia in vulgus §. *hoc amplius Inſt. tit. de rer. diviſ. l. quâ ratione* §. *hoc amplius ff. de acquir. rer. dom. l. nec emptio* §. *aliquando ff. de contr. empt.* & in his teſſeras omnis generis. Suſtulit hanc ſparſionem Marcianus Imperator in *l.* 2. *C. de Conſul.* Reſtituit eam Juſtinian. *Nov.* 105. *de Conſul. cap.* 2. Suſtulit eam Leo Imperator *Novell.* 94. Conſtantinus Magnus in ſuo Conſulatu teſſeras projecit, quibus Populo diurnos panes per ſingulos annos, & vinum, & oleum, & carnem largitus eſt, quibus multis annis Populo frui datum eſt, teſte Codino, & Suida. Aliquando etiam Imperatores congiarii nomine frumentum Populo dividebant. Sueton. *in Cæſar. cap.* 38. *Populo præter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, trecenos quoque nummos, quos pollicitus olim, viritim diviſit, & hoc amplius centenos pro mora.* Id. *in Auguſt. cap.* 41. *Frumentum quoque in annonæ difficultate ſæpè leviſſimo, interdum nullo pretio viritim admenſus eſt, teſſeraſque nummarias duplicavit;* fortaſſè, *frumentarias.*

Teſſeræ frumentariæ vendi poterant, ut teſtatur Juvenalis illo verſu:

Summula ne pereat, qua vilis teſſera venit
Frumenti.

Et annonas vendi potuiſſe conſtat ex *l. hâc* 9
edictali §. *illud C. de ſec. nupt. ex l.* 1. *C. de annon. civil.* Itaque in noſtra *l. ſed & ſi ſuſcepit* 52. §. 1. *ff. de judic.* teſtator libertis ſuis teſſeram frumentariam emi voluit. Quoniam verò in teſſera non conſideratur orbiculus ille ligneus, cujus nullus eſt valor, ſi ex ſe conſideretur; ſed frumentum, quod teſſerâ illâ conſequi poſſumus, ſeu æſtimatio ejus, idcircò teſſeræ fideicommiſſum non tàm in corpore, quàm in quantitate conſiſtit *l. Titia Sejo* 87. *in princ. ff. de leg.* 2. & teſſerâ legatâ, ejus æſtimatio videtur legata *l. mortuo bove* 49. §. 1. *ff. eod. tit.* Quamobrem licèt legatum extinguatur, quoties legatarius ex cauſa lucrativa rem legatam conſequitur. §. *ſi res aliena Inſt. tit. de legat. l. nutu* §. 1. *ff. de legat.* 3. *l. ſi ſervus* 108. §. *Stichum* 4. *ff. de legat.* 1. *l. omnes* 17. *ff. de oblig. & act.* hoc tamen legatum non extinguitur, ſi le- 10
gatarius teſſeram frumentariam ex cauſa lucrativa habere cœperit *l. Titia Sejo* 87. *in princ. ff. de legat.* 2. Eſt enim diverſa ratio ſpeciei, & quantitatis. Species certa eſt, & ſemel tantum præſtari poteſt, & iniquum eſt eam rem petere, quam ſine ullo tuo incommodo jam obtinuiſti. Quantitas totum genus comprehendit, & bis præſtari poteſt, & petitur alia quantitas, non ea, quam quis eſt conſecutus *l. planè* 34. §. *ſed ſi non corpus ff. de legat.* 1. *l. Mævius ff. de legat.* 2. Itaque rectè concurrunt duæ cauſæ lucrativæ,

Digitized by Google

quia non concurrunt in eamdem rem : non eſt enim corpus idem , non eadem ſpecies , licèt ſit eadem quantitas.

Supereſt ut explicemus cur hoc legatum ſit Romæ præſtandum. Legatum præſtandum eſt ubi teſtator voluit *l. cum res* 47. *ff. de legat.* 1. vel ubi veriſimile eſt eum voluiſſe *d. l. cùm res.* Qui legat teſſeram frumenta-
11 riam , vult Romæ præſtari legatum. Apparet id ſenſiſſe teſtatorem ex genere comparationis *d. l. ſed & ſi ſuſcepit* §. 1. *ff. de judic.* Quid ita ? Quia teſſera frumentaria Romæ ſolummodò comparari poteſt , quia Romæ ſolummodò frumentario. Rectè Appian. τὸ σιτηρέσιον ἐν μόνῃ τῇ Ῥώμῃ τοῖς πένησι χορηγούμενον , *frumenti diſtributio ſolum Romæ pauperibus fiebat.* Non ignoro Trajanum multa elargitum fuiſſe ad alendos liberos etiam in Italia. Refert enim Dio eum multa gratificatum fuiſſe Civitatibus in Italia ad liberorum educationem. Et Spartianus memoriæ prodidit Julianum alimentorum curam in Italia meruiſſe. Et Capitolin. *in Pertin. Poſt in Mæſia rexit alam , deindè alimentis dividendis in via Æmilia procuravit.* Sed hæc in Italia præſtabantur , non in Provinciis , & puerorum alendorum gratiâ , quod auctum poſtea eſt à Conſtantino , qui parentibus egenis ad filios alendos ubique publica alimenta præſtari juſſit *l.* 1. *&* 2. *C. Theod. de aliment. quæ inop. parent.*

Hæc autem obtinebant tempore veterum Juriſconſultorum. Etenim Conſtantinus ædificatâ Conſtantinopoli frumentationem ibi
12 inſtituit,& ad Urbem amplificandam ædibus annonas adſignavit , quæ ædes ſequebantur *l.* 1. *l. annonas* 11. *l. ſi quæ ſpeciatim.* 12. *cum ſeqq. C. Theodoſ. de annon. civic. & pane gradil.* Præterea in ſuo Conſulatu teſſeras ſparſit , ut ſuprà diximus. Et de annonis , quæ hominibus debebantur , agitur in *l.* 8. *C. Theod. de annon. civic.* Itaque Socrates refert Conſtantinum Conſtantinopoli octoginta millia modiorum quotidiè diſtribuiſſe, quæ Conſtantinus ejus filius ad quadraginta millia redegit , iratus propter Hermogenis necem Socrat. *lib.* 2. *hiſtor.* Immenſa profectò ſumma frumenti , niſi eam de panibus interpretari malimus : non tamen id eſt incredibile, cùm paulò minor ſumma referatur ab Ælio Spartiano *in vita Severi. Moriens ſeptem annorum canonem , ita ut quotidiana ſeptuaginta quinque millia modiorum expendi poſſent , reliquit.* Idem Conſtantinus Alexandriæ etiam frumentationem inſtituit , ut refert Id. Socrat. Et Julianus frumenti modum aſſignavit Antiochenis , ut ipſe teſtatur in *Miſ pog.* Omitto , quod Puteolanis quoque ad alendos pauperes annua centum , & quinquaginta millia modiorum erant aſſignata. Itaque his temporibus ex genere comparationis non potuiſſet apparere , teſtatorem voluiſſe legatum teſſeræ Romæ præſtari , quemadmodum conſtabat tempore Ulpiani Juriſconſulti ex *d. l. ſed & ſi* §. 1. *ff. de judic.*

CAPUT XIX.

AD L. PATRONUS 35. *in princ. ff. de legat.* 3.

SUMMARIUM.

1 *Quid ſit emere tribum?*
2 *Tribus , & tribules qui?*
3 *Cur tenuiores homines tribûs nomine vocarentur ?*
4 *Tribûs nomen quot modis accipiatur : & quomodò hic accipiendum.*
5 *Cur Patroni libertis tribum compararent.*
6 *Quæ eſſent commoda tribûs.*
7 *Quæ Principum liberalitates. Congiarium Populo datum.*
8 *Legata Principum.*
9 *Eorumdem donationes.*
10 *Clariſſimi ſunt Senatores.*
11 *Quando legatum debeatur quod quis capere non poteſt.*
12 *Legatâ tribu videtur legata æſtimatio : & quare ?*

ALia ſemper ex aliis occurrunt. Dictum de teſſeris frumentariis : dicendum aliquid de tribu , ad explicationem *l. patronus* 35. *in princ. ff. de legat.* 3. in qua exponenda meras nugas garriunt Veteres Interpretes , non quidem ſuâ , ſed ſæculi culpâ. Quis enim eorum ſcientiam , atque doctrinam aſſequi ſe poſſe confidat ? Verba legis

Digitized by Google

hæc ſunt : *Patronus liberto ſtatim tribum emi petierat. Libertus diu moram ab hærede patroni paſſus eſt, & decedens heredem reliquit clariſſimum Virum. Quæſitum eſt, an tribûs æſtimatio hæredi ejus debeatur. Reſpondit, deberi. Idem quæſiit, an & commoda, & principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu uſque in diem mortis ſuæ conſecuturus fuiſſet, ſi ei ea tribus ſecundum voluntatem patroni ſui tunc comparata eſſet; an verò uſuræ æſtimationis hæredi ejus debeantur. Reſpondi, quicquid ipſe conſecuturus eſſet, id ad hæredem ſuum tranſmittere.* Tria hic explicanda. Quid ſit tribum emere : quæ ſint commoda, & principales liberalitates : cur proponatur inſtitutus Vir clariſſimus.

A primo ordiamur. Tribus emptas fuiſſe, quantum meminerim, apud Latinos Aucto-
1 res nuſquam legi. Itaque quod potui conjecturâ conſequi, id exponam, & opinionem meam Doctorum judicio ſubjiciam, non ut eos in meam ſententiam traham, ſed ut incitem ad indagandam veritatem. Exiſtimo igitur emere tribum eadem ſignificatione dici, quâ *emere decuriam* dixit Cicer. 3. *in Verrem.* Verba Ciceronis ſunt : *Ad eos me ſcribas revoca. Noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum donis, ac ſcenicorum corollariis cùm decuriam emerunt, ex primo ordine exploſorum, in ſecundum ordinem Civitatis ſe veniſſe dicunt.* Primus ordo exploſorum, tribus; ſecundus ordo Civitatis, decuriæ ſcribarum. Sueton. *in Auguſt. cap.* 57. *Veterani, decuriæ, tribus, atque etiam ſingulatim è cætero genere hominum libentes, ac pro facultate quiſque pecunias contulerunt.* Tacit. *lib.* 13. *Annal. Hinc plerumque tribus, decurias, miniſteria Magiſtratibus, &c.* Loquitur autem de libertinis. Erant enim ſcribæ in decurias diviſi. Sueton. *in Claud. cap.* 1. *Corpus ejus per Municipiorum, Coloniarumque Primores, ſuſcipientibus obviis ſcribarum decuriis, ad Urbem devectum.* De his decuriis mentio fit in *l. mortuo ff. de fidejuſſ.* in *l.* 3. §. *à municipibus ff. de bonor. poſſeſſ.* in *l. ſi quis mihi* 25. §. 1. *ff. de acquir. vel om. hæred.* Quemadmodum igitur decuriam emere dicebantur, qui pretio adſcribebantur decuriis ſcribarum: ita tribum emere dicebantur, qui pretio adſcribebantur tribubus; hoc eſt, recenſebantur inter Cives frumentum de publico accipientes, & inſerebantur numero Civium, quibus publica alimenta miniſtrabantur.

Tribûs nomen etſi ad omnes pertineret; ſæpè tamen ad demonſtrandam infimam Ple-
bem, & eos, qui publicâ liberalitate ſuſten- 2
tabantur, Veteres uſurpabant, & à Populo diſtinguebant. Sueton. *in Auguſt. cap.* 101. *Legavit Populo Rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies H. S.* Non ignoro Lipſium in *Elect. cap.* 12. *lib.* 1. emendare *tribulibus.* Sed neceſſe non eſt : nam & Plin. in *panegyr.* diſtinguit. *Niſi verò leviter attingi placet locupletatas tribus, datumque congiarium Populo.* Martial. *lib.* 8. *ep.* 15.

Dat Populus, dat gratus Eques, dat thura Senatus,
Et libant Latiæ tertia dona tribus.

Claudian. in VI. *Conſul. Honor.*

— tecum prælarga vocavit.
Ditandas ad dona tribus.

Plin. *in Panegyr.* de pueris frumentationi adſcriptis. *Ex his caſtra, ex his tribus replebuntur, ex his quandoque naſcentur, quibus alimentis opus non ſit.* Aſcon. *in Milon:* de Milone Conſulatum petente : *Apertè quoque tributim in ſingulos millia aſſium dedit.* Hinc ſæpè dicuntur tribules pauperes homines. Horat.

Ut cum pileolo ſoleat conviva tribulis.

Martial. *lib.* 9. *ep.* 50. de toga lacera, ac detrita :

Nunc anus, & tremulo vix accipienda tribuli.

Et alibi :

Nec pallens toga mortui tribulis.

Qua de cauſa id factum exiſtimem, paucis aperiam. Erant tribus urbanæ, erant & tribus ruſticæ. Urbanæ tribus erant Suburana,

Eſquilina, Collina, Palatina. Urbanæ tribus per excellentiam tribus appellabantur: tùm quia erant partes ipſius Urbis, ruſticæ verò partes agri Romani; tùm quia initio nobiliores erant, & in illis adſcripti, qui Urbem incolebant. Cùm autem poſtea nobiles homines in tribus ruſticas tranſcriberentur, & Fabius Cenſor omnem forenſem turbam excretam in quatuor tribus urbanas conjeciſſet, cœpit ignominiæ, ac probro
3 eſſe in his tribubus cenſeri: in his enim ſolummodò humiles homines, ac pauperes, & libertini cenſebantur, ut conſtat ex hiſtoria Romana. Quo factum, ut tribûs nomine id genus hominum ſæpè ſignificaretur: maximè quia hæc turba dicebatur *ſine nomine*. Eleganter Manil. *Aſtron. lib. 5. ſub finem*: Populum Romanum dividens primùm nominat Patres, ſecundò Equeſtrem Ordinem, tertiò Populum: atque his addit vulgus iners, & ſine nomine turbam, quæ ideò generali nomine tribûs appellabatur. Quare etiam Plebs, aut Plebs urbana appellabatur, licet Plebis nomen omnes comprehenderet præter Patritios, & Senatores. Sæpè eam ſic appellat Cicero, veluti pro *Milon. & in Rull.* & Salluſtius *in conjurat.* & ſæpiſſimè Tacitus.

Cætera proſequamur. Appoſitè Gellius nos monet *lib.* 18. *cap.* 7. tribum, & pro loco, & pro jure, & pro hominibus dici. Pro jure certè accipitur in noſtra lege, quam
4 explicamus. Et quod jus erat tempore Scævolæ Juriſconſulti, quo tempore Populus ſuffragium amplius non ferebat? nullum certè aliud, quam percipiendi publica alimenta, & commoda, & Principum liberalitates, ut indicat in *d. l.* Juriſconſultus. Itaque ſic concludi licet. Tribûs nomen præcipuè conveniebat tenui, atque humili turbæ, quæ publicâ liberalitate paſcebatur. Tribùs nomen ſignificat jus illud, quod in tribus deſcripti obtinebant. Nullum ferè aliud jus tribuum erat eo tempore, quàm percipiendi publica alimenta. Ergò tribum emere ſignificat inſeri numero Civium, qui publica liberalitate fruebantur: ſeu emere jus illud percipiendi publica emolumenta. Neque enim omnes Cives hæc percipiebant, ſed illi ſolum, qui in tabulis publicis inciſi erant.

Curabant autem Patroni, ut liberti ſui hoc jus conſequerentur, vel ut ipſi perciperent emolumentum, vel ut liberti alimenta. Tacit. *lib.* 13. *Annal.* de libertinis. *Quippe latè fuſum id corpus: hinc plerumque tribus, decurias, miniſteria Magiſtratibus, & Sacerdotibus, cohortes etiam in Urbe conſcriptas.* Itaque notat Dionyſ. Halicarn. *lib.* 4. multos hac de cauſa manumiſſos fuiſſe, ut frumentum menſtruum publicè diſtributum, &
Principum liberalitates conſequerentur, id- 5
que totum patroni lucrarentur. Et Sueton. *in Auguſt. cap.* 41. *Cùm propoſito congiario multos manumiſſos, inſertoſque Civium numero comperiſſet, negavit accepturos, quibus promiſſum non eſſet.* Obſerva, non ſolum manumiſſos, ſed etiam inſertos Civium numero: eorum ſcilicet, qui congiarium erant accepturi. Antoninus autem Philoſophus etiam pueros, & puellas libertinorum inſeruit. Sic enim interpretor verba Capitol. *in ejus vita: Ob hanc conjunctionem pueros, & puellas novorum hominum frumentariæ perceptioni adſcribi præceperunt.* Novos homines eleganter appellat libertinos: nam antequam manumitterentur homines non erant; certè tamquam homines non conſiderabantur cùm ſervi eſſent, qui pro nullis habentur *l. quod attinet ff. de Reg. Jur. l. 1. ff. de jure deliber. l. nullo 7. ff. ad Leg. Corn. de falſ. l. intercidit 59. in fin. ff. de cond. & dem.* Antea Trajanus pueros frumentariæ perceptioni adſcribi juſſerat, ſed ſolum purioris ſanguinis, & ex quibus aliquando naſci poſſent, qui alimentis non indigerent, ut refert Plinius. Antoninus autem etiam pueros, & puellas libertinorum adſcribi juſſit. Non ignoro magnam eſſe inter Doctiſſimos Homines diſſenſionem, & à pleriſque hunc locum emendari, ideò meam ſententiam expoſui.
Ad rem redeo. Libertinos accepiſſe frumen- 6
tum oſtendit illud Perſii:

Libertate opus eſt, non hac, ut quiſque Velina

Digitized by Google

Publius emeruit, ſcabioſum teſſerula far
Poſſidet.

Non ante tamen accipiebant, quàm in aliquam tribum relati eſſent. Quare non ſine cauſa Perſius addidit *Velina*, quod eſt nomen tribûs; & eadem de cauſa patronus in noſtra lege tribum liberto comparari jubet.

Veniamus jam ad id, quod ſecundo loco propoſuimus explicandum. Commoda tribûs erant frumentum, oleum, caro, quæ ex publica liberalitate percipiebat infima Plebs, ut expoſuimus capite ſuperiore.

Inter Principum liberalitates primum recenſeo congiarium, quod frequenter à Prin-
7 cipibus Populo dabatur. Sueton. *in Cæſar. Cap.* 38. *Populo præter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, trecenos quoque nummos, quos pollicitus olim, diviſit: & hoc amplius, centenos pro mora.* Id. *in Aug. cap.* 41. *Congiaria Populo frequenter dedit, ſed diverſa ferè ſumma: modo quadringenos, modo tricenos, nonnumquam ducenos, quinquagenoſque nummos.* Spartian. *in Hadrian. Ad comprimendam de ſe famam congiarium duplex præſens Populo dedit: ternis jam per ſingulos aureis ſe abſente diviſis.* Lamprid *in Alex. Sever. Congiarium Populo ter dedit: donativum militibus ter: carnem Populo addidit.* De eodem teſtatur Dio, eum, cùm decennalia imperii celebraret, prætorianis militibus, & Populo, frumentum accipienti, decem aureos viritim diviſiſſe. Lamprid. *in Commod. Congiarium dedit Populo, ſingulis denarios ſeptingenos vicenos quinos.* Hæc exempli cauſâ decerpſimus, ſed his plena eſt Hiſtoria.

Secundò recenſeo legata Principum. Sueton. *in Cæſ. cap.* 83. *Populo hortos circa Tibe-*
8 *rim publicè, & viritim trecenos ſeſtertios legavit.* Id. *in Aug. cap.* 101. *Legavit Populo Rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies H. S.* Id. *in Tiber. cap. ult. Dedit & legata pleriſque, inter quos Virginibus Veſtalibus, ac militibus univerſis, Plebique Rom. viritim, atque ſeparatim vicorum Magiſtris.*

Denique erant & quædam donationes extra ordinem. Suet. *in Aug. cap.* 40. *Comitiorum quoque priſtinum jus reduxit, ac multiplici pœnâ coercito ambitu Fabianis, & Scaptienſibus, tribulibus ſuis, die comitio* 9
rum, ne quid à quoquam candidato deſiderarent, ſingula millia nummûm à ſe dividebat.

Supereſt id, quod tertio loco propoſuimus. Puto J. C. declaraſſe à liberto inſtitutum clariſſimum Virum, quia hoc poterat alicui contrarium ſuadere. Clariſſimi Viri erant Senatores, ut conſtat ex hiſtoricis, & *ex l.* 2. *§. ſed Senatores C. de his qui ven. æt. impet. ex l. fœmina ff. de Senator. ex l. un. C. de Equeſtr. dign. lib.* 12. Senatori tribus 10
comparari non poteſt: itaque videbatur intercidiſſe legatum argum. text. in *l. mortuo bove §. Labeo ff. de legat.* 2. *l. multum intereſt* 34. *ff. de V. O. l. cùm ſervus* 39. *§. ult. ff. de legat.* 1. Nihilòminus reſpondit Scævola deberi æſtimationem tribûs. Duæ autem ſunt rationes. Prima, quia licet Senator tribum conſequi non poſſit, aut nolit, tamen eſt in ejus commercio, eamque ſolum capere non poteſt propter ſuam conditionem, quo caſu debetur æſtimatio *l. filiusfam.* 114. *§. ſi quid alicui ff. de leg.* 1. *l. ſed ſi res aliena* 40. *ff. de legat.* 1. Alia ratio eſt, quia ex iis, quæ diximus, 11
legatum tribûs ſimile eſt legato militiæ, vel teſſeræ frumentariæ. Atqui his legatis æſtimatio continetur *l. mortuo bove* 49. *§.* 1. *ff. de legat.* 2. & etiamſi incapaci relicta ſint, 12
tamen legatum ſuſtinetur *l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi ſervo ff. de legat.* 3.

CAPUT XX.

AD L. IN ILLA STIPULATIONE. 8. *ff. de Verb. obligat.*

SUMMARIUM.

1 *Dies adjectus conditioni an differat exactionem?*
2 *Conditionum quot genera, & quod earum diſcrimen.*

3 *Dies adjectus conditioni promiſcua differt ſolutionem.*
4 *In ſtipulatione facti nihil peti poteſt ante diem adjectum : nec antè committitur ſtipulatio.*
5 *Affertur ratio.*
6. 7 *Exponitur text. in* l. ſi in lege 24. §. ſi domus, *&* *in* l. dominus ff. loc.
8 *Cur in locatione exigi poſſit penſio totius temporis, etiam ante lapſum temporis, ſi conductor re amplius uti nolit.*
9 *Exponitur* l. 2. §. qui ita ſtipulatur ff. de eo quod certo loc.
10 *Exponitur* l. ſi in lege 24. §. colonus ff. loc.
11 *Locator ſtatim tenetur ſi non patiatur frui conductorem.*
12 *Exponitur* l. ſi ita fuerit 41. § ſi, ff. de man. teſt.
13 *Exponitur* l. ſi quis hæres 72. ff. de acquir. vel o.n. hæred.
14 *Exponitur text. in* l. cûm ſtipulatus 113. *&* *in* l. ita ſtipulatus 115. §. 1. ff. de V, O.
Pœna quando committi dicatur?

DIximus de die, qui adjicitur diſpoſi-
tioni ad differendam ſolutionem. Di-
cendum eſt modo de die, qui adjicitur
1 conditioni. Dies conditioni adjicitur, cùm
præſcribitur certum tempus, quo exiſtere
debeat conditio adjecta diſpoſitioni. Ut
puta : *lego Titio centum, ſi intra biennium
navis ab Aſia venerit. Si Calendis Stichum
non dederis, decem dare ſpondes?* Diem
adjectum diſpoſitioni differre actionem non
dubitatur, ut aliàs diximus *l. ſi in annos* 49.
*ff. de cond. & dem. l. ſi dies ff. quan. di. leg.
ced. §. omnis Inſtit. tit. de V. O. l. qui hoc
anno* 42. *ff. eod.* Poteſt igitur dubitari an
etiam dies adjectus conditioni differat exac-
tionem, & ſolutionem : hoc eſt, an, ſi
conditio ante diem exiſtat, ſtatim peti poſ-
ſit id, quod debetur, an verò dies nihilòmi-
nus ſit expectandus. Finge navem venire ex
Aſia ante biennium : quæritur an ſtatim
peti poſſint centum, an poſt lapſum biennii.
Finge Stichum ante Calendas mortuum eſſe :
quæritur an ſtatim peti poſſint decem, an
Calendæ ſint expectandæ. Hac de re agitur
in *l. in illa* 8. *& in l. hoc jure* 19. *ff. de verb.
obl.* Utramque explicare conſtituimus.

Interpretes noſtri ſtatuunt tria eſſe genera
conditionum, caſuales, poteſtativas, &
mixtas. Paulus in *l. ſi jam facta* 11. §. 1. *ff.
de cond. & dem.* duo genera recenſet : *pro-
miſcuas, & non promiſcuas.* Promiſcuæ ſunt, 2
quæ à Noſtris poteſtativæ appellantur, quaſi
obviæ, & quæ paſſim, & facilè poſſunt im-
pleri ; non promiſcuæ ſunt caſuales, &
mixtæ, quas omnes Veteres uno genere
comprehendebant, quia omnes in caſum
collatæ ſunt. Si conditio ſit promiſcua, hoc eſt
in poteſtate, impletâ conditione ante diem
nihilominùs dies eſt expectandus *l. in illa
ſtipulatione* 8. *ff. de V.O.* ſi non ſit promiſcua,
hoc eſt, in caſu conſiſtat, impletâ conditio-
ne dies non eſt expectandus *l. hoc jure* 10. *ff.
de V. O.*

Dicamus primùm de conditione promiſ-
cua. Etiamſi ante diem impleatur hæc con-
ditio, tamen nihil ante diem peti poſſe
conſtat ex noſtra *l. in illa ſtipulatione* 8. *de
V. O.* Ibi quidam promiſerat ſe daturum
decem, ſi Calendis Stichum non dediſſet.
Stichus ante Calendas mortuus eſt. Conſtat 3
promiſſorem non daturum Stichum Calen-
dis : & tamen ante Calendas nihil peti poteſt.
Nam licèt quoad conditionem committi vi-
deatur ſtipulatio ſtatim à morte Stichi *l. ita
ſtipulatus* 115. §. 1. *ff. eod.* ſupereſt tamen
dies, qui omninò eſt expectandus.

Confirmatur hæc ſententia in *l. inſulam ff.
eod. tit.* Quidam promiſerat ſe ædificaturum
inſulam intra biennium. Quamvis teneatur
in id, quod intereſt, ſi non ædificaverit.
l. ſi pœnam 68. *l. ſtipulationes non dividuntur*
72. *in princ. verſ. Celſus. l. ſi quis ſtipulatus*
112. §. *ult. l. ſi fundum* 114. *ff. de verb.
oblig l.* 1. *ff. de action. empt. l. ſi quis ab alio*
13. *in princ. ff. de re judic.* Tamen ante 4
biennium nihil peti poteſt, quamvis tantum
reſidui temporis ſuperſit, quo certum ſit ædi-
ficium amplius ædificari non poſſe.

Item in *l. ſi eum* §. 1. *ff. ſi quis caution.*
ibi : *Homo ſiſti promiſſus ante diem dolo pro-
miſſoris periit : certo jure utimur, non ante
pœnam peti poſſe, quàm dies venerit : tota
enim ſtipulatio in diem collata videtur.*

Item in *l. item quæritur* 13. §. *ſi lege ff.
locat.* ibi : *Si lege operis locandi comprehenſum
eſſet, ut, ſi ad diem effectum non eſſet, relo-
care liceret : non ante relocari id poteſt, quàm
dies efficiendi præteriſſet.*

Poſſet etiam confirmari ex *l. ſtipulationes* 72. §. 1. *ff. de verb. oblig.* ſed ibi adjecta erat particula *tum*, quæ temporis extremitatem ſignificat *l.* 4. §. 1. *ff. de condit. & demonſtr.*

Ratio autem ea eſt, quod tota obligatio ſub conditione, & in diem collata eſt, & impletâ conditione dies tamen ſupereſt *l. in*
5 *illa* 8. *ff. de verb. oblig.* Nam cùm creditor voluerit debitori tempus concedere, ut poſſet parere conditioni, eidem voluit concedere idem tempus ad ſolvendum: itaque dies non ſolum reſpicit conditionem, ſed etiam ſolutionem. Ut puta, in hac ſtipulatione: *ſi Calendis Stichum non dederis, decem dabis?* creditor, qui largitur debitori tempus ad dandum Stichum, multò magis idem tempus largitur ad danda decem: noluit enim dari decem dato Sticho, Stichum autem Calendis dari voluit: ergò iiſdem Calendis voluit dari decem.

Multæ tamen ſunt leges, quibus contrarium videtur poſſe ſuaderi. Primùm, in *l. ſi in lege* 24. §. *ſi domus ff. locat.* & in *l.*
6 *dominus* 55. §. 2. *ff. eod.* traditum eſt, eum, qui conduxit domum, vel fundum in quinquennium, ſi ante quinquennium deſeruerit habitationem, vel culturam, ſtatim conveniri poſſe, ut ſolvat penſiones totius quinquennii. Ergò tempus non eſt expectandum. Neque reſponderi poteſt cum Bartolo, hoc conſtitutum eſſe in contractibus bonæ fidei. Etenim etiam in *l. item quæritur ff. locat.* quam pro alia ſententia ſuprà adduximus, agitur de contractu bonæ fidei, imò de eadem locatione, & tamen tempus expectatur.

Secundò, in *l. ſi ita fuerit* 41. §. *ſed ſi ff. de manum. teſtam.* ſervo legata erat libertas hoc modo: *Si hæredi meo mille nummos anno, biennio, triennio ſolverit, poſtquam ero mortuus, liber eſto.* Servus ſtatim ſolvit mille nummos, ſtatim liber eſt, non expectato triennii lapſu.

Tertiò, in *l. ſi quis hæres* 72. *de acquir. vel omitt. hær.* teſtator hæredi præceperat, ut intra certum tempus adiret hæreditatem, & ſi non adiſſet, alium ei ſubſtituerat. Hæres ante tempus illud præſcriptum deceſſit non aditâ hæreditate. Reſponſum eſt, ſubſtitutum non debere expectare ultimum diem aditionis hæredi præſcriptum; ſed ſtatim adire poſſe.

Denique, in *l. cùm ſtipulatus* 113. & *in l. ita ſtipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* quidam ſtipulatus fuerat ſibi pœnam, ſi opus arbitratu ſuo ante Calendas perfectum non fuiſſet. Statim ac conſtat ante Calendas opus amplius perfici non poſſe, pœna committitur. Sed pœna, & ſtipulatio committi dicitur, cùm peti poteſt *l. ad diem* 77. *ff. de V. O. l. Jure Civili* 24. *in fin. ff. de cond. & demonſtr.*

Ad primum reſpondetur, *in ea l.* non agi de die adjecto conditioni; ſed de die adjecto ſolutioni, ſeu potius de die, qui tacitè ineſt ex natura obligationis. Etenim cùm 7
merces ſit quaſi pretium uſûs, & ſolvatur ad compenſandum rei uſum, ex natura mercedis eſt, ut poſt uſum ſolvatur. Itaque ſolutioni mercedis tacitè ineſt ille dies, poſtquam conductor uſus fuerit re conductâ. Igitur hic dies non conditioni adjectus eſt, ſed ſolutioni mercedis, quapropter ad rem noſtram non pertinet. Imò animadvertendum eſt, quòd in hoc contractu nulla adeſt conditio, ſaltem promiſcua. Nam ſi qua conditio ineſt in contractu locationis, ea eſt: ſi locator paſſus fuerit conductorem uti re conducta. Videtur enim deberi merces à conductore hac conditione, ſi locator eum uti patiatur. Nam ſi locator eum expellat, non ſolum ipſe nihil debet, ſed obligatur ipſi locator quanti ejus intereſt *l. ſi in lege* 24. §. *colonus ff. de locat.* At hæc conditio non eſt promiſcua; fortuita eſt quoad conductorem, neque enim in ejus poteſtate eſt eam implere, ſed in poteſtate locatoris. Ex quibus eò magis apparet diem non eſſe adjectum conditioni: nam dies reſpicit perſonam conductoris, qui non niſi præſcripto die cogi poteſt ad ſolvendam mercedem, conditio verò reſpicit perſonam locatoris, à quo eſt implenda.

Sed, inquiet aliquis, ſi dies adjectus eſſet ſolutioni, non conditioni, utique eſſet

expectandus : nam quod in diem debetur , ante diem non rectè petitur *l. ſi in annos* 49. *ff. de cond. & dem. l. ſi dies ff. quando di. leg. ced. l. qui hoc anno* 42. *ff. de verb. obl.* §. *omnis Inſt. tit. eod.*

Reſpondetur , quòd cùm dies inſit ex natura ipſius mercedis , quæ ſolvenda eſt ad penſandum rei uſum , qui uſus requirit certum tempus, hoc tempus amplius non eſt expectandum , cùm conductor amplius re uti
8 nolit. Et locator id , quod exigit , non petit tamquam mercedem uſus , ſed potius ratione ejus quod ſuâ intereſt. *l. dominus* 55. *in fin. ff. locat.* Itaque ſublatâ causâ dilationis , nulla cauſa ſupereſt cur impediatur locator ſtatim petere id , quod ſuâ intereſt, argum. text. in *l. cùm tale* §. *Mæviæ ff. de condit. & demonſtr.* ubi legatum erat Mæviæ , ſi non nupſerit , cùm morietur : quoniam detrahitur conditio illa, ſi non nupſerit. *l. quoties* 22. *l. ſed ſi hoc* 61. §. *ult. & l. ſeq. l. Titio* 71. §. 1. *ff. de condit. & demonſtr.* ideò detractâ conditione , cujus causâ fuerat adjectus dies mortis , detrahitur etiam dies mortis , & legatum ſtatim præſtandum eſt.

At poteſt opponi , quòd adjecto loco , quò ſolvi pecunia debeat , ineſt ſtipulationi dies , quo poſſit debitor in locum adjectum pervenire *l. interdum ff. de verb. oblig.* §. *loca Inſtit. tit. eod. l.* 2. *aliàs l.* 3. §. *qui ita ſti-*
9 *pulatur ff. de eo quod certo loc.* Atque adeò dies ineſt ex natura loci adjecti : ut ſi quis Romæ ſtipuletur , hodiè tibi dari Carthagine , inutilis ſit ſtipulatio *d. l.* 2. § *qui ita ſtipulatur.* Ac locus quidem mutari poteſt , nam qui certo loco ſe daturum promiſit , poteſt etiam alio loco conveniri *l.* 1. *ff. eod.* Itaque ſi Romæ conveniatur , qui Romæ promittit , tollitur omnis cauſa dilationis : quid enim cauſæ eſt , cur expectemus tempus , quo poſſit Carthaginem pervenire , ſi Romæ ſolvere debet ? Et tamen in *d. l.* 2. §. *qui ita.* generaliter traditum eſt , diem expectandum eſſe. Ergò etiam ſublatâ causâ propter quam dies ineſt , nihilominus dies eſt expectandus.

Reſpondetur , quod ideò in hac ſpecie dies eſt expectandus , quia cauſa cui cohæret dies, non ante tolli poteſt,quàm dies præterierit : quia non debet reo adimi facultas ſolvendi Carthagine , quam facultatem ſtipulando ſibi quæſivit *l. verò* §. *alia ff. de ſolut.* Tranſacto autem tempore , quo potuit ſolvere Carthagine , ſi eâ facultate uſus non ſit , creditori à lege conceditur ut alio loco poſſit debitorem convenire , ne alioquin ſit in poteſtate debitoris actionem evitare , & eludere creditorem numquam eundo Carthaginem *l.* 1. *ff. de eo quod certo loc.* Hanc autem facultatem conveniendi debitorem alio loco , cùm lex concedat ex neceſſitate , ſolùm concedit urgente illâ neceſſitate : atqui nulla urget neceſſitas ante diem , neque enim creditor queri poteſt de dilatione , cùm ipſe ſibi hanc legem impoſuerit in contrahendo. Quare cùm locus mutari non poſſit ante diem tranſactum , nec ipſe detrahitur.

Sed ut eò revertamur unde diſceſſimus. Quod diximus , de conditione quæ ineſt obligationi ſolvendæ mercedis , eam non eſſe promiſcuam , ſed fortuitam , quia pendet à poteſtate locatoris , non conductoris , nodum ſolvere non videtur. Etenim in *d. l. ſi in lege* 24. §. *colonus ff. locat.* aliud exemplum proponitur , cui non convenit hæc reſponſio. Locator ante quinquennium expulit colonum : colonus totius quinquennii nomine rectè aget , ſtatim ac fuerit expulſus. Te- 10
netur locator colono , ſub conditione : *ſi ipſum expulerit.* hæc conditio promiſcua eſt , hoc eſt , in poteſtate ipſius locatoris , qui impletâ conditione futurus eſt debitor : & tamen lapſus quinquennii non expectatur.

Veriſſimum eſt , hanc conditionem eſſe in poteſtate debitoris , ſed ideò dies non expectatur , quia nullus dies eſt adjectus , aut tacitè ineſt. Nam locator ſe obligat , ſi non 11
patiatur conductorem frui re conducta , nec ullus eſt dies qui poſſit expectari, & in quem ſolutio differri poſſit : nam conveniri poteſt ſtatim , ac fecerit contra legem locationis ; & cùm præſtare teneatur frui conductori , ſtatim ac id non præſtat , conveniri poteſt , etiamſi nulla ejus culpa interceſſerit *l. ſi tibi alienam* 7. *cum duab. ll. ſeqq. l. ex conducto*

15.

Digitized by Google

15. *in princ. & in §. 1. l. ſi fundus.* 33. *ff. locat.* In mercede autem ideò dies ineſt, quia aut adjicitur à contrahentibus, aut ſolvenda eſt poſt uſum, atque operam.

Ad ſecundum reſpondeo, duabus de cauſis triennii lapſum non eſſe expectandum. Prima traditur in ipſa *l. ſi ita fuerit* 41. §. *ſed ſi ff. de manum. teſtam.* ibi: *Compenſanda etenim eſt hæredi celeritas libertatis prematuræ pecuniarum ſolutioni.* Æquum igitur non eſt hæredem & ſervo uti, & pecuniâ à ſervo ſolutâ, contra voluntatem teſtatoris, qui voluit ſervum ſolutâ totâ ſummâ ad liberta-
12 tem pervenire. Eadem confirmantur in *l. ſtatuliberos* 3. §. *quid ſi ſervus* 14. *ff. de ſtatu lib.* ibi: *Benignius eſt eum in libertatem pervenire, cùm utriuſque providentia infertur, & ſervi, quatenus maturius in libertatem perveniat, & hæredis, quatenus dilatione interemptâ, illicò accipiat, quod poſt tempus conſequi poterit.* Altera cauſa indicatur in hac eadem lege: nempè favor libertatis. Obſervandum eſt verbum illud *benignius*, quod ad favorem libertatis referri videtur: nam favor libertatis benigniores ſententias exprimit *l. pœnales* 32. §. *ult. ff. ad Leg. Falcid.* & benignè receptum dicitur, quod favore libertatis eſt conſtitutum *l.* 4. §. *ergò ff. de manumiſſion. l. ſi ſtatu libera* 6. §. *planè ff. de ſtatu lib. l.* 2. *C. de neceſſar. ſerv.* Poſſet etiam dici diem in ea lege additum fuiſſe favore legatarii, & ſummam in plures penſiones diviſam ejus exonerandi causâ *l. ſi cum præfinitione* 20. *ff. quand. dies leg. ced.* ac propterea à ſervo poſſe etiam ante diem ſolvi *l. Jabolenus* 15. *ff. de annuis legat. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter* 16. *ff. de V. O.* cum ſimilibus. Ne autem hæres fruatur ſimul & pecuniâ, & ſervo, benignius receptum eſſe ſervum liberum ſtatim fieri: videlicet ex benigna interpretatione voluntatis teſtatoris, qui ſi putaſſet ſervum ſtatim poſſe ſolvere integram ſummam, non diſtuliſſet libertatem in triennium.

Ad tertium reſpondeo, diem non eſſe expectandum, quia ab hæredis inſtitutione dies detrahitur, etiamſi nominatim fuerit adjectus §. *hæres Inſt. tit. de hered. inſt. l. hæreditas ff. eod. tit.* Præterea ſubſtitutio facta erat ſub conditione, ſi intra certum tempus hæres non adiiſſet hæreditatem. Hæc conditio quoad ſubſtitutum fortuita eſt, pendet enim à facto alterius *l. ſi quis inſtituatur.* §. *item ſi ff. de* 13
hered. inſtit. quoad hæredem promiſcua eſt, pendet enim ab ejus poteſtate: ſed hæres non eſt debitor hæreditatis nec ſubſtitutus accipit hæreditatem ab hærede, ſed à defuncto. Itaque cùm in hac ſpecie nemo ſit debitor, ceſſat ratio, cur dies ſit expectandus, neque enim videri poteſt dies adjectus, ut concedatur debitori tempus ad ſolvendum, quod tributum erat ad implendam conditionem.

Ad ultimum reſpondetur; quod ibi pœna commiſſa dicitur, non quia ſtatim peti poſſit, ſed quia jam conſtat promiſſorem in pœnam incidiſſe. Neque enim ibi quæritur quando pœna peti poſſit; ſed an promiſſor 14
in pœnam inciderit, etiamſi à ſtipulatore tempus ei ſit prorogatum. Sic & in *l. in illa* 8. *ff. de verb. oblig.* ſtipulatio ad conditionem committi dicitur, licet dies ſuperſit, quia cùm conditio impleta ſit, certum eſt reum in pœnam incidiſſe. Ita & in *d. l. cùm ſtipulatus* 115. *ff. eod.* pœna commiſſa dicitur, nempè impletâ conditione, ſub qua promiſſa fuit: ſupereſt tamen dies *d. l.* 8. Neque obſtat, quod pœna committi dicatur cùm peti poteſt; nam tunc committitur cum effectu: at verò quando peti non poteſt, committi quidem dicitur, licet hactenus ſit ſine effectu. Sic deberi dicitur id, quod nondum debetur cum effectu, quia nondum peti poteſt §. *omnis Inſtit. tit. de V. O. l. qui hoc anno* 42. *ff. eod.* alibi verò dicitur non deberi quia non debetur cum effectu, cùm peti non poſſit *l.* 1. § 1. *ff. de condit. & demonſtr. l. ſi in annos* 49 *ff. eod. l. un. ff. quand. dies uſusfr. leg. ced. l. ſi Titio* §. *quædam. l. ſi dies* §. *ult. ff. quand. dies leg. ced. l. interdum* 73. *ff. de V. O.*

Digitized by Google

CAPUT XXI.

AD L. HOC JURE 10. *ff. de verb. oblig.*

SUMMARIUM.

1 *Dies adjectus conditioni non promiſcuæ petitionem non differt.*
2 *Affertur ratio diſcriminis inter utrumque genus conditionis.*
3 *Exponitur* l. ſi ita legatum 103. ff. de cond. & dem.
4 *Quando dies non conditioni, ſed legato adjectus eſt, expectari debet.*
5 *Exponitur* l. 4. §. 1. ff. de cond. & dem.
6 *Particula* tum *denotat extremitatem temporis.*
7 *Exponitur* l. cùm hæres 4. §. ſervire ff. de ſtatulib. *& n. 8. Dies qui neceſſariò cohæret conditioni, expectandus eſt.*
8 *Melioris conditionis eſſe non debet, qui conditionem non implevit, quàm ſi implevisset.*
9 *Exponitur text. in* l. 3. §. pen. ff. de ſtatulib *Conditio pariendi non includit neceſſariò tempus.*
10 *Conditio fortuita caſu deficiens nec favore libertatis habetur pro impleta.*
11 *Certa ætas non facit conditionem favore libertatis.*
12 *Exponitur text. in* l. libertis §. ab hæredibus ff. de alim. leg.
13 *Legatum alimentorum non extinguitur morte ejus, cum quo quis morari debebat.*
14 *Exponitur text. in* l. pen. C. quan dies leg. ced.
15 *Dies incertus adjectus ſolutioni non facit conditionem.*
16 *Exponitur text. in* l. uxori 35. ff. de uſufr leg.
17 *Dies incertus demonſtrationi cauſâ adjectus non facit conditionem.*
18 *Exponitur* l. cùm tale 72. §. Mæviæ ff. de cond. & dem.
19 *Exponitur text. in* l. Publius 36. §. 1. ff. de cond. & dem.
20 *Filium quis diligit magis quàm alios. Et magis primo loco vocatum, quàm ſecundo.*
21 *Quid ſit repræſentare fideicommiſſum?*
22 *Voluntas verbis præfertur.*
23 *Exponitur text. in* l. à filia 62. §. alumno ff. ad S. C. Trebell.
24 *Si dies adjectus ſit favore legatarii, eo deficiente ſtatim ſolvendum eſt ſubſtitutis.*
25 *Exponitur text. in* l. fideicommiſſa 11. §. ſi cui ff. de leg. 3.
26 *Mors legatarii non facit conditionem: ſed mors alterius.*
27 *Duabus conditionibus adjectis, utrique parendum.*
28 *Particula* quaſi *denotat improprietatem: ſed non ſemper, ut n. 31.*
29 *Conditio*, Si morte patris ſui juris effectus fuerit, *per emancipationem impletur.*
30 *Non deficere conditio dicitur, cùm exiſtit; ſed vide n. 32.*
33 *Proponuntur ſeptem exceptiones regulæ propoſitæ: quòd dies adjectus conditioni non promiſcuæ expectandus non ſit.*

VEniamus ad conditionem non promiſcuam, hoc eſt, mixtam, & cauſalem, ſeu fortuitam. In hac contrarium traditum eſt à Veteribus: videlicet impletâ conditione ſtatim peti poſſe quod debeatur, nec expectandum diem conditioni adjectum *l. hoc jure* 1
10. *ff. de V. O. Hoc jure utimur, ut ex hac ſtipulatione, ſi Lucius Titius ante Calendas Maïas in Italiam non venerit, decem dare ſpondes? non ante peti quicquam poſſit, quàm exploratum ſit, ante eam diem in Italiam venire Titium non poſſe, neque veniſſe, ſive vivo, ſive mortuo id acciderit.*

Ac meo quidem judicio differentiæ ratio ea eſt, quod quando conditio confertur in poteſtatem debitoris, eique tempus adjicitur, tempus illud non ſolum reſpicit conditionem, ſed etiam obligationem: nam qui largitur tempus ad implendam conditionem, quam poſſet multò citius implere, largitur etiam tempus ad ſolvendum, cùm nolit eum cogere ad ſolvendum, niſi impletâ conditione. Contrà verò cùm conditio in eventum, 2
& caſum confertur, eique dies adjicitur, is reſpicit ſolam conditionem. Nempè ideò adjicitur, ut eò magis in incertum ſuſpendatur obligatio, quò difficilius eſt exiſtere conditionem, quam non ſufficit exiſtere quandocumque; ſed neceſſe eſt exiſtere tempore præſcripto, ut naſcatur obligatio. Ut puta, in hac conditione, *Si intra Calendas Maïas Titius in Italiam venerit*, adjectus eſt dies Calendarum, quo fit, ut conditio ſit magis incerta, magis in caſum, ac dubium eventum collata, quia, ut impleatur conditio, non ſufficit Titium in Italiam venire quandocumque, ſed neceſſe eſt veniat intra Calendas Maïas. In exemplo autem *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O.* quia conditio negativa eſt, à ſtipulatore dies eſt adjectus, ut facilius exiſtat conditio: quia non adjecto die deficeret

conditio veniente Lucio Titio etiam poſt Calendas; adjecto autem die Calendarum conditio exiſtit, etiamſi Titius in Italiam venerit poſt Calendas. Igitur dies adjectus reſpicit ſolam conditionem, & additus eſt vel ad eam reſtringendam, vel ad eam laxandam: ac propterea exiſtente conditione tempore præſcripto ſatisfactum eſt voluntati ejus, qui conditionem, & diem adjecit, cùm extiterit conditio eo modo, quo voluit exiſtere: nec ulla cauſa eſt, cur diem expectemus, qui non fuit adjectus ad differendam ſolutionem, quam differre non poteſt, niſi adjiciatur eo animo, ut eo die pecunia ſolvatur. §. *omnis Inſtit. tit. de V. O.*

Verùm quia multæ ſunt cauſæ, ex quibus contrarium obſervatur, idcircò multæ ſunt leges, in quibus contrarium videtur conſtitutum, quas omnes ut explicemus, tamquàm contrarias huic legi opponemus.

Primùm afferri poteſt text. in *l. ſi ita legatum* 103. *ff. de condit. & dem. Si ita le-*
3 *gatum ſit: Titio poſt decem annos dato, ſi ſatis ab hærede non exegerit: & Titius intra decimum annum deceſſerit, ad hæredem ſuum tranſmittit legatum, quia moriente eo conditio exiſtit.*

In hac lege licet J C. non decernat, an ab hæredibus ſtatim ſolvendum ſit legatum, an verò tranſacto decennio, non dubito tamen ſolvendum eſſe poſt lapſum decennii. Etenim tempus non conditioni adjectum eſt, ſed legato: ait enim teſtator: *Titio poſt decem annos dato.* Adjectus eſt dies, quo pecunia ſolvatur, igitur ante hunc diem ſolvi non debet § *omnis Inſtit. tit. de V. O. l. ſi dies ff. quan. di. leg. ced.* Conditio autem, *Si ab hærede non exegerit ſatiſdationem*, adjecta eſt, ut legatarius ab exigenda ſatiſda-
4 tione deterreatur metu pœnæ, & amiſſionis legati, quam ſatiſdationem potuiſſet exigere cùm legatum ſit in diem *l. 1. in princ. l. poſtquam 5. §. ſi dies. l. hæc ſtipulatio 14. ff. ut legat. nom. caveat.* Quamobrem potius conditio adjecta eſt propter diem, quam dies propter conditionem. Imò defendi poſſet, nullam huic legato conditionem ineſſe, cùm enim poſſit à teſtatore prohiberi ſatiſdatio, ea fruſtrà peteretur, eâque petitâ non deficitur conditione legatarius *l. licèt. 12. ff. ut legat. nom. caveat.* niſi teſtator nec de facto quidem peti voluerit. Sed illuc redeo. Quando non conditioni, ſed legato adjicitur, non debet ſolvi legatum ante diem: nam cùm & conditio, & dies legato ſit adjectus, conditio ſuſpendit legatum in incertum eventum, dies verò differt ſolutionem. Ut ſi quis dicat: *Si navis ex Aſia venerit, dato Titio poſt decem annos.* Etiamſi navis ex Aſia ſtatim veniat, tamen poſt decem annos dandum eſt legatum, quia petitio in hoc tempus dilata eſt, *l. ex his verbis C. quando dies leg. ced.* At ſi dicat: *Si navis ex Aſia venerit intra decem annos, Titio dato*: ſolvendum eſt legatum ſtatim ac navis ex Aſia venerit, quia decennium adjectum eſt conditioni. Nempè teſtator præſcripſit tempus, intra quod exiſtere conditio debet. Cùm autem intra illud tempus extiterit, nihil eſt cur differamus legatum.

Secundò opponi poteſt text. in *l. 4. §. 1. ff. de condit. & dem.* ibi: *Si ita ſcriptum ſit: ſi in quinquennio proximo Titio filius natus* 5
non erit, tum decem Seja heres dato. Si Titius antè mortuus ſit, non ſtatim Sejæ decem deberi.

In hâc lege dies quidem eſt adjectus conditioni, ſed differtur ſolutio legati, quia idem dies adjectus eſt etiam legato. Particula 6
illa *tum* extremitatem temporis, & ultimum articulum quinquennii ſignificat *d. l. 4. §. 1. in fin. l. cùm quidam. in princ. ff. de uſur. l. pen. ff. de teſtam. tut.* Itaque diem adjectum conditioni repetit in legato; perindeque eſt ac ſi dixiſſet: *Si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, poſt quinquennium Seja decem heres dato.* Igitur ſolutio legati differtur non vi ejus diei, qui adjectus eſt conditioni, ſed vi ejus diei, qui per particulam *tum* repetitus eſt in datione legati.

Tertiò contrarius videtur textus in *l. cùm heres 4. §. ſervire ff. de ſtatu lib.* ubi qui juſſus 7
erat ſervire anno Titio, & ſic liber eſſe, non ſit liber ante annum, etiamſi Titius ante annum moriatur, & conditio pro impleta habeatur, quia per Titium ſtetit, quomi-

nus impleretur. Similes ſunt text. in *l. ſervus 34. §. 1. verſ. quid enim ff. eod.* in *l. peculium 20. §. quædam ff. eod.* in *l. Thias §. Spendophorus, & § libertatem ff. de fideicommiſſ. libertat.*

Ad has omnes leges duo ſunt animadvertenda. Primum, quod quoties dies ita cohæret conditioni, ut conditio ante eum diem impleri non poſſit, dies utique ſemper eſt expectandus. Hujus generis eſt hæc conditio: eſt enim omninò impoſſibile, ut ſerviat anno, antequam annus effluat. Qui adjicit hanc conditionem, non ſolum vult impleri conditionem, ſed etiam vult expectari tempus, quod illi conditioni ita cohæret, ut ſeparari non poſſit. Eſt enim vulgi ore tritum illud, *Qui vult conſequens, vult etiam antecedens*, quod ab eo ſejungi non poteſt: & qui non vult ſolvi legatum ante expletam conditionem, non vult ſolvi ante tranſactum tempus, quod ad eam implendam eſt omninò neceſſarium, & quod ipſe ſuâ voluntate inſeruit conditioni. Multò aliter ſe res habet in hac conditione: *Si intra biennium navis ex Aſia venerit*; quia poteſt navis multò ante biennium venire, & ſtatim ſatisfactum eſt voluntati teſtatoris. Et hoc eſt, quod admonet Paul. in *l. ſi peculium 20. § quædam 5. ff. de ſtatu lib.* illis verbis: *Quædam conditiones naturâ ſui nec poſſunt eodem tempore impleri, ſed neceſſariam habent temporis diviſionem: velut cùm decem operas juſſus eſt dare: quia operæ per ſingulos dies dantur. Igitur & ſi ſingulos aureos det ſtatu liber, poteſt dici eum implere conditionem. Alia cauſa eſt operarum, quia hæ neceſſariò ſingulæ edendæ ſunt. Sed etſi hæres accipere noluerit, non ſtatim liber fiet, ſed cùm tempus tranſierit, per quod operarum quantitas conſummatur. Idem dicendum eſt, ſi juſſum Capuam ire, & liberum eſſe, hæres prohibeat ire: tunc enim erit liber, cùm pervenire Capuam potuiſſet. Ineſſe enim videtur tempus, tàm operarum præſtationi, quàm itineri.* Idem ferè traditur in *l. ſervus 34. §. 1. verſ. quid enim ff. de ſtatu lib.*

Præterea animadvertendum eſt, quòd melioris conditionis eſſe non debet legatarius, qui non implet conditionem, quàm eſſet, ſi eam impleviſſet. Licèt enim à Jure pro im- 8
pleta habeatur, tamen majorem vim habere æquum non eſt, quàm haberet, ſi revera fuiſſet impleta: nec plus operari debet fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero. Rectè ad rem noſtram Papinianus in *l. mulieri & Titio ff. de condit. & demonſtr.* ait: *Tantum enim beneficio legis ex legato conceſſum eſſe mulieri intelligendum eſt, quantum haberet, ſi conditioni paruiſſet.* Quare ſi quis mulieri legaverit centum ſub conditione, *Si non nupſerit intra decem annos dato*: licèt conditio, *ſi non nupſerit*, detrahatur, tempus tamen expectatur. Veniamus ad legem noſtram. Servus juſſus eſt ſervire anno Titio, & ſic liber eſſe. Si ſerviſſet anno, & conditionem impleviſſet, non potuiſſet eſſe liber ante annum tranſactum. Mortuo Titio ante annum, ſervire non potuit: conditio habetur pro impleta, ſed tamen ita, ut non ante conſequatur libertatem, quàm fuiſſet conſecuturus, ſi conditionem impleviſſet. Et hæc ratio redditur in ipſa lege: ibi, *Etenim abſurdum eſt, maturius eum liberum fieri cùm conditionem non implet, quàm futurus foret, ſi eam impleret.*

Quartò contra id, quod primo loco obſervavimus, poteſt urgeri in *l. 3. §. penult. ff. de ſtatu lib.* Ancillæ libertas data erat ſub conditione, ſi tres liberos peperiſſet: hæres ei medicamentum dedit, ne pareret. Statim libera fit. Et tamen conditioni cohæret neceſ- 9
ſariò tempus geſtationis, ut parere poſſit.

Facilis eſt, & prompta reſponſio. Non poteſt ancilla parere tres liberos, antequam eos in utero geſtet. Sed tamen poteſt eos parere ſtatim à morte teſtatoris: potuit enim eos multò ante concepiſſe. Sic, licet non modicum tempus neceſſarium ſit, ut navis ex Aſia veniat; tamen poteſt venire ſtatim mortuo teſtatore, ſi multo ante ex Aſia ſolverit: imò, & ante mortem teſtatoris *l. 2. in prin. ff de cond. & dem.* quin etiam ante factum teſtamentum *l. hac conditio 10. in fin. ff. eod.* Itaque hæ conditiones naturâ ſuâ tempus non continent. At conditio, de qua ſuprà agebamus, omninò tempus includit.

Digitized by Google

Nam qui ſervire juſſus eſt anno Titio hæredi, non poteſt ei ſervire vivo teſtatore, ſed computatur annus à die aditæ hæreditatis *l. ſi in diem* 46. *ff. de cond. & dem. l.* 3 *§. ſi quis heredi ff. de ſtatu lib.* igitur omninò eſt expectandus annus poſt aditam hæreditatem. Quapropter non temerè in *l.* 3. *§. penult. ff. de ſtatu lib* notavit. J C. ancillam, etiam uno partu potuiſſe tres edere, ut oſtenderet, huic conditioni neceſſariò non ineſſe tempus triûm geſtationum.

Quintò opponi poteſt text. in *l. ſi ita ſcriptum* 16. *ff. de man. teſtam.* Quidam legaverat ſervo ſuo libertatem, cùm Titius ad tri-
10 ceſimum annum perveniſſet. Titius mortuus eſt ante triceſimum annum. Licet conditio, favore libertatis habeatur pro impleta; tamen ſervus non ſtatim fit liber, ſed expectare debet tempus, quo Titius ad triceſimum annum perveniret, ſi viveret. Ergò conditione fortuitâ ante tempus impletâ, tempus eſt expectandum. Reſpondetur, falſum eſſe conditionem haberi pro impleta: nam conditio fortuita caſu deficiens numquam pro impleta habetur, etiamſi fuerit adſcripta libertati *l. cùm hæres* 4. *§. ita liber ff. de ſtatu lib.* Igitur favor libertatis non poteſt efficere, ut pro impleta habeatur illa conditio: hoc efficit favor libertatis, ut dies ille incertus, qui
11 in aliis legatis conditionem faceret *l. dies incertus ff. de cond. & dem.* in legato libertatis conditionem non faciat. Certa ætas alicujus adſcripta conditionem facit *l. ſi cui legetur* §. 1. *cum duob. ſeq. ff. de legat.* 1. *l. Publius* §. 1. *ff. de cond. & dem.* incertum eſt enim an ille ſit perventurus ad ætatem legato adſcriptam. Favore autem libertatis conſtitutum eſt, ut in legato libertatis dies certæ ætatis conditionem non faciat, ut libertas debeatur, etiamſi ille, cujus ætas adſcripta eſt, ad ætatem illam non perveniat *l. ſi ſervus* 19. *ff. de ſtatu lib. l. fideicommiſſaria §. etiam ff. de fideicomm. libert. l. ſi fideicommiſſaria* 10. *C. eod. tit.* Legatum igitur, de quo agitur in adducta l. in diem eſt, non ſub conditione, & ideò debetur libertas, etiamſi Titius moriatur ante triceſimum annum. Cùm autem ſit in diem, non antè poteſt exigi, quàm venerit dies adſcriptus *l. ſi dies ff. quand. dies leg. ced. l. ſi in annos ff. de cond. & dem.* & ideò ſervus non ante conſequitur libertatem, quàm veniat dies, quo Titius ad triceſimum annum fuiſſet perventurus.

Quamquàm dies ille faceret conditionem, & conditio haberetur pro impleta, tamen ante illud tempus non poſſet conſequi libertatem, ne maturius ad libertatem perveniat deficiente conditione, quàm perveniret eâ exiſtente *l. cùm hæres* 4. *§. ſervire ff. de ſtatu lib. l. mulieri & Titio* 74. *ff. de cond. & demonſtr.* & nos ſuprà expoſuimus.

Sextò, ſimilis eſt textus in *l. libertis* 18. *§ ab heredibus ff. de alim. vel cibar. legat.* in qua non agitur de legato libertatis, ſed 12
de legato militiæ, & tamen idem eſt conſtitutum. Teſtator enim poſt libertatem ſervo relictam, rogavit Sejum, ut eidem cibaria, & veſtiaria præſtaret, & cùm ad viceſimum quintum annum perveniſſet, militiam ei compararet, ſi eum ante non reliquiſſet. Sejus mortuus eſt ante viceſimum quintum annum. Reſpondit Scævola militiam nihilominus ei comparandam, ſed expectandum tempus, quo Sejus, ſi viveret, ad viceſimum quintum annum perveniret.

Eadem reſponſio. Ibi agitur de legato alimentorum, ut copioſè expoſuimus aliàs ad hujus legis explicationem. Militia enim, hoc eſt annuus redditus, quem percepturus eſt ex militia, ei relinquitur, ut poſſit inde ſe alere, ut ibi diximus. Quapropter licet adjecta ſit illa conditio, *ſi eum ante non reliquerit*, tamen non deficit hæc conditio per 13
mortem Seji. Nam ſi quis alicui relinquat alimenta, quamdiu cum Sejo morabitur, non extinguitur legatum per mortem Seji *l. Cajo §. Imperator ff. de alim. vel cib. leg. l. annua in princ. ff. de ann. legat. l.* 1. *C. de legat.* In legato autem alimentorum, ſi per eum ſteterit, qui præſtare debebat alimenta, quòminus legatarius cum eo moretur, etiamſi id acciderit per mortem, tamen conditio pro impleta habetur *ex dd. ll.* adeoque legatum non ante præſtandum eſt, quàm præſtaretur, ſi verè impleta fuiſſet, ut ſuprà diximus.

Accedit & alia ratio. Teſtator voluit ſubrogare militiam in locum alimentorum. Alimenta debentur liberto donec Sejus perveniat ad viceſimum quintum annum, & uſque ad hoc tempus debentur, etiamſi Sejus antè ſit mortuus. Igitur ſi militia deberet ei comparari ſtatim ac moritur Sejus, utrumque libertus haberet eodem tempore, & militiam, & alimenta, quod eſt contra mentem teſtatoris. Sed hæc pluribus expoſuimus ad hujus legis explicationem. Poſſet etiam conſiderari hanc conditionem eſſe ex genere earum, quibus neceſſariò ineſt, & cohæret tempus, quâ de re ſuprà diximus.

Septimò, non eſt omittendus text. in *l. penult. C. quand. dies legat. ced.* ibi: *Ex his verbis: do, lego, Æliæ Severinæ, & Secundæ decem, quæ legata accipere debebit, cùm ad*
14 *legitimum ſtatum pervenerit. Si Ælia Severina, cui legatum relictum eſt, die legati cedente, vitâ functa eſt, ad heredem ſuum actionem tranſmittit: ſcilicèt ut eo tempore ſolutio fiat, quo Severina, ſi rebus humanis ſubtracta non fuiſſet, viceſimum quintum annum ætatis impleſſet.* Non agitur hìc de legato libertatis: adjecta eſt conditio illa, *cùm ad legitimum ſtatum pervenerit*; & tamen tempus eſt expectandum.

Etſi non agatur de legato libertatis, tamen hoc quoque legatum in diem eſt, non ſub conditione, & verba illa, *cùm ad legitimum ſtatum pervenerit*, non conditionem
15 faciunt, ſed diem ſolummodò continent. Id autem ex ipſa lege probari poteſt. Supponitur legatariam defunctam eſſe, antequam ad legitimum ſtatum perveniat: & nihilominùs eâ vivâ ceſſiſſe diem legati. Atqui dies legati conditionalis non cedit ante conditionis eventum; nec legatum ad hæredem tranſmittitur *l. ſi poſt diem* 5. *§. ſed ſi ſub conditione ff. quand. di. leg. ced. l.* 3. *C. eod. l. intercidit. in princ. ff. de cond. & dem.* Ideò autem hoc legatum non eſt conditionale, ſed in diem, quia certa ætas non eſt adjecta legato, ſed ejus ſolutioni. Neque enim teſtator ita legavit: *Æliæ Severinæ, cùm ad legitimum ſtatum pervenerit, decem lego*; ſed ita: *Æliæ Severinæ decem lego, quod legatum accipere debebit, cùm ad legitimum ſtatum pervenerit.*

Dies autem ſolutioni adjectus poteſt quidem ſuſpendere ſolutionem, cui adjectus eſt: non poteſt tamen ſuſpendere legatum, & obligationem, cui adjectus non eſt; itaque non efficit legatum conditionale, ſed in diem. Similia exempla ſunt in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebellian.* in *l. à filia §. alumno ff. eod.*

Octavò, opponi poteſt *l. uxori* 35. *ff. de uſufr. leg.* Vir uxori legavit uſumfructum fundi in quinquennium à die mortis ſuæ, & peracto quinquennio, cùm ejus uſuſfructus eſſe deſiſſet, tunc fundum legavit libertis ſuis. Huic legato adſcriptus eſt dies quinquennii: adſcripta eſt etiam conditio illa, 16
cùm uſuſfructus ejus eſſe deſiſſet: mortua eſt uxor ante quinquennium, cujus morte impleta eſt conditio, quia uſuſfructus extinguitur *§. finitur Inſtit. tit. de uſufr. l.* 3. *§. ult. ff. quib. mod. uſuſfruct. amit. l.* 3. *l. ſi domina* 10. *l. ambiguitatem* 12. *& l. corruptionem* 16. *C. de uſufr.* Quæſitum eſt, an ſtatim fundus libertis reddi debeat, an expectare debeant finem quinquennii. Reſponſum eſt, reddi non debere ante finem quinquennii.

Reſpondetur, ibi legato fuiſſe adjectum ſolum diem, ac tempus quinquennii, nullam autem conditionem, & ideò tamquàm legatum in diem ante diem peti non poteſt *l. ſi dies ff. quando dies leg. ced. l. ſi in annos* 49. *ff. de cond. & demonſtr. §. omnis Inſt. tit. de verb. oblig.* Neque enim conditionem faciunt illa verba: *cùm ejus uſuſfructus eſſe* 17
deſierit. Etenim hæc verba referuntur ad quinquennium peractum, quo tempore uſuſfructus uxoris eſſe deſinet. Igitur ea verba ſunt adjecta demonſtrativè, non ad inferendam conditionem. Et hoc ſignificant: *peracto quinquennio, quo tempore uxoris eſſe deſinet uſuſfructus.* hæc demonſtratio nihil efficit, nam quod rei ſatis demonſtratæ adjicitur fruſtrà eſt *l.* 1. *§. ſi quis ff. de dot. præl.* Quapropter verba illa vim ſolius demonſtrationis habent, non conditionis.

Similis eſt textus in *l. cùm tale §. Mævia*

ff. de condit. & dem. ibi : *Mavia, ſi non nupſerit, cùm morietur lego. Poteſt dici eam, etſi nupſerit, confeſtim ad legatum admitti. Non idem probatur, ſi certus dies, incertuſ-*
18 *ve alius legato fuerit adſcriptus.* Quod diſcrimen eſt inter diem mortis, & alios dies? Illud nimirùm, quod modò indicabimus. Dies mortis in hoc legato habet vim ſolius demonſtrationis, & fruſtrà adjectus eſt, & ideò non eſt expectandus. Etenim conditio illa, *ſi non nupſerit*, cùm poſita ſit in non faciendo, ſolum per mortem impletur, quia quamdiu quis vivit, facere poteſt, quod prohibitus eſt. *l. ſi ita* 103. *l. Titio fundus ff. de cond. & dem. l. ult. ff. de cond. inſt. l. ſi in perſonam C. de fideicomm. l. ita ſtipulatus* 115. *§.* 1. *& §. item ſi quis ff. de V. O. §. ſub conditione Inſt. tit. eod.* Quapropter teſtator verba illa, *cùm morietur*, non adjecit animo diei adſcribendi legato, ſed ut declararet tempus, quo impleri poterat conditio, *ſi non nupſerit*. Detractâ igitur conditione, *ſi non nupſerit*, cujus causâ adjecta erant illa verba, ea ſunt omninò ſupervacua, nec differunt legatum in tempus mortis.

Præterea in *d. l. uxori* 35. *ff. de uſufr. legat.* adjecta erat particula *tunc*, quæ ultimum articulum temporis ſignificat *l.* 4. *§.* 1. *ff. de cond. & dem. l. cùm quidam. in princ. ff. de uſur. l. pen. ff. de teſtam. tut.* Idque uberius expoſuimus, cùm ad ſecundum argumentum reſpondimus.

Nonò, opponi poteſt *l. Publius* 36. *§.* 1. *ff. de cond. & dem.* Ibi mulier filium habens legavit quædam prædia Septiciæ, eamque rogavit, ut cùm filius ad ſexdecim annos
19 perveniſſet, prædia illa ipſi reſtitueret, & ſi filius ſexdecim annos non impleſſet, ea redderet Publio Mævio, & Cajo Cornelio. Filius ſexdecim annos non implevit: quæſitum eſt an prædia ſtatim reſtituenda eſſent; an eo tempore, quo filius fuiſſet perventurus ad decimum ſextum annum. Reſpondit Marcellus, reſtitutionem in hoc tempus prorogandam. Ergò licèt conditio ſit impleta; tamen quia tempus continet, tempus illud eſt expectandum.

In promptu eſt reſponſio, eaque nobis ab ipſa lege ſuppeditatur. In conditionibus primum locum obtinet voluntas teſtatoris, eaque regit conditiones *l. in conditionibus* 19. *in princ. ff. de cond. & dem.* Teſtatrix in hâc lege voluit prædia illa ad Septiciam pertinere uſque ad illud tempus, quo filius fuiſſet perventurus ad ſexdecim annos: ergò ſive ea reſtituenda eſſent filio, ſive Publio Mævio, & Cajo Cornelio, voluit toto illo tempore Septiciam frui prædiis illis. Imò 20
tantò minùs præſumitur voluiſſe reſtitui ſecundis ſubſtitutis ante illud tempus, quantò quiſque magis diligit filium, quàm alios: & magis diligit eos, quos vocat in priori gradu, quàm eos, quos vocat in gradu ſequenti *l. quoties ff. de uſufruct.* Teſtatrix toto illo tempore præpoſuit Septiciam ipſi filio, & filio, quem primo loco vocaverat in ſubſtitutione: ergò multò magis præpoſuit aliis, qui filii non erant; aliis, quos poſt filium vocaverat, quos filio poſtpoſuerat. Qui præfertur illi, qui alium præcedit, multò magis præfertur alteri, qui præceditur. Et hoc ſignificat J C. illis verbis: *Etenim videri contra voluntatem teſtatricis, repræſentationem fideicommiſſi deſiderari, ut amplius ad ſubſtitutos perveniat, quàm ad puerum pervenire potuiſſet. Et verba quidem videntur repræſentare fideicommiſſum: ſed non eſt veriſimile, ut maturiùs voluerit teſtatrix ad ſubſtitutos id transferre.*

His verbis rectè perpenſis impugnari potius, quàm confirmari videtur ſententia adverſariorum. Ait J C. *& verba quidem videntur repræſentare fideicommiſſum.* Repræ- 21
ſentare fideicommiſſum eſt præſens, & ad manum dare, non differre in diem ſolutionem. *l. cùm hi* 8. *§. eam tranſactionem ff. de tranſact. l. ſi purè* 37. & *l. Thais* 41. *§.* 1. *ff. de fideicom. libertat. l. ſi conſtante* 24. *§. quoties ff. ſolut. matrim. l.* 1. *§. & verum. l. cùm quis. in princ. ff. de dot. prælegat.* Sueton. in *Calig. Legata ex teſtamento Tiberii, quamquàm abolito, ſed & Liviæ Auguſtæ, quod Tiberius ſuppreſſerat, cum fide, ac ſine calumnia repræſentata perſolvit.* Et in *Claudio: Repræſentans pro opera dignam cuique mercedem.* Igitur ſi verba teſtatricis eſſent:

attendenda, dies non eſſet ex eximendus,
ſed præſens, & ad manum ſolvi deberet
fideicommiſſum. Ac proindè in aliis cauſis,
in quibus non repugnat voluntas teſtatoris,
22 dies non expectatur. Voluntas autem verbis
præfertur *l. in conditionibus 19. l. pater Seve-
rinam* 101. *in princ. ff de cond. & dem. l.
heredes mei* §. 1 *ff. ad S C. Trebell.* &
ideò hoc contra naturam conditionis ex-
pectatur.

Sed impugnari poſſet hæc reſponſio per
text. *in l. a filia* §. *alumno ff. ad S C. Trebell.*
Ibi quidam legavit alumno certam pecu-
niam, eamque recipi à Sempronio manda-
vit, & ſolvi alumno certas uſuras uſque ad
viceſimum annum, deindè alumni fidei
commiſit, ut ſi ſine liberis decederet, par-
tem reſtitueret Sempronio, partem Septiciæ.
23 Alumnus mortuus eſt intra annum viceſi-
mum. Reſpondit Scævola, ſtatim peti poſſe
fideicommiſſum. Ergò non eſt abſurdum ma-
turius pervenire fideicommiſſum ad ſubſtitu-
tum, quàm ad primo loco vocatum. Ad
alumnum non perveniſſet, niſi tranſacto
tempore certæ illius ætatis: ad ſubſtitutos
pervenit ſtatim.

Animadvertendum eſt, quod in hac lege
dies non fuerat adjectus favore debitoris,
ſed favore legatarii creditoris. Neque enim
teſtator diſtulit ſolutionem pecuniæ in com-
modum, & favorem debitoris, cùm ab eo
voluerit ſolvi uſuras pecuniæ alumno credi-
tori: ſed diſtulit in favorem ipſius alumni,
à quo in illa tenera ætate noluit pecuniam
24 diſperdi ac diſſipari. Similia exempla pro-
ponuntur in *l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. quand.
dies leg. ced.* in *l. Sejus Saturninus ff. ad
S.C. Trebellian.* in *l. cùm pater* 77. §. *cura-
toris ff. de legat.* 2. Si dies adjectus eſſet in
favorem debitoris, ſolvi ante diem illum
nec ſubſtitutis quidem deberet, ut diximus
ex *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de condit. & de-
monſtr.* Cùm verò ſit adjectus in favorem
alumni creditoris, ſtatim eſt reſtituendum
ſubſtitutis: tùm quia locum non habet ar-
gumentum prædilectionis, quo ſuprà uſi
ſumus: tùm quia reſpicit perſonam ipſius
alumni, ejuſque perſonæ cohæret hic favor:
adeoque ejus perſonam non egreditur *l. quia
tali ff. ſolut. matrimon. l. legatum* 95. *ff. de
cond. & dem.* tùm quia ſubſtituti ſunt ejus
ætatis, ut poſſint pecuniam rectè adminiſ-
trare: deficiente autem cauſâ, propter quam
dies fuerat adjectus, dies quoque detrahi-
tur, ut capite ſuperiore demonſtravimus
luculentè.

Decimò opponi poteſt *l. fideicommiſſa* §. *ſi
cui ff. de legat.* 3. *Si cui ita fuerit fideicom-
miſſum relictum, ſi morte patris, ſui juris
fuerit effectus: & emancipatione ſui juris
factus ſit, non videri defeciſſe conditionem.
Sed & cùm mors patri contingat, quaſi exiſ-* 25
tente conditione ad fideicommiſſum admittetur.
Conditio igitur exiſtit per emancipationem
filii: ſed tamen quia conditioni tempus
erat adjectum, nempè mors patris, non-
dum debetur fideicommiſſum, ſed mors pa-
tris eſt expectanda, ut ad fideicommiſſum
admittatur.

Eſt plena difficultatis hæc lex; atque ideò
paulò uberius eſt explicanda. Videntur pro-
poſito fideicommiſſo quodammodo adjectæ
duæ conditiones. Altera continetur, ut fi-
lius ſui juris efficiatur: altera, ut pater
moriatur. Mors patris conditionem facit.
Licèt enim mors legatarii non efficiat lega-
tum conditionale, quia non poteſt exiſtere
poſt mortem ipſius legatarii *l. heres meus.* 26
in princ. ff. de condit. & dem. tamen aliorum
mors adjecta legato conditionem facit *l. heres
meus.* 79. §. 1. *ff. eod. l. hujuſmodi* 13. *in fin.
ff. quand. dies leg. ced.* quia incertum eſt an
vivo legatario moriturus ſit, an poſt ejus
mortem. Cùm autem duæ conditiones ad- 27
jectæ ſunt, utrique parendum eſt, & niſi
utraque extiterit, non poſſumus legatum
conſequi *l. ſi heredi* 5. *ff. de condit. Inſtit.*
In hac noſtra lege prima conditio impletur
emancipatione, quia emancipatione fit ſui
juris. Et ideò rectè ait Juriſconſultus: *non
videri defeciſſe conditionem filio emancipato.*
Non quidem extitit omninò conditio, quia
pater nondum mortuus eſt, ſed tamen non
defecit, quia partim extitit, partim exiſtet
morte patris. Cùm verò pater morietur,
tunc quaſi exiſtente conditione filius admit-
tetur

Digitized by Google

tetur ad fideicommiſſum. Non exiſtit morte patris conditio, quia morte patris non fit ſui juris filius, cum jam ſui juris eſſet: ſed quaſi exiſtit, hoc eſt, completur eventus conditionis, atque perficitur. Nam ſive duæ erant conditiones, ſive potiùs una conditio duas partes, & duo facta continens, cœpit conditio exiſtere cùm filius emancipatus eſt, expleta autem eſt morte patris. Dubitari poterat an hæc conditio per partes impleri poſſet, & an filio emancipato defeciſſet conditio: quia non poterat filius ſui juris effici morte patris. Mens Ulpiani eſt, eam poſſe per partes impleri: & ideò emancipato filio non dixit extitiſſe conditionem, ſed eam non defeciſſe: ſupererat enim alia pars implenda. Moriente autem patre non dixit extitiſſe conditionem, quia verè tunc non extitit, ſed abſoluta eſt, atque perfecta: ſed dixit, *quaſi extitiſſe*: particula *quaſi* im-
28 proprietatem indicat *l. 2. ff. de inoff. teſtam. §. conſtituitur. verſ. ergò Inſtit. tit. de uſufr. l. 2. ff. de uſufr. ear. rer. l. ſi ſerva 39. in princ. ff. de jure dot.*

Hæc explicatio videtur maximè convenire verbis Ulpiani. Mihi tamen non ſatisfacio, quia repugnat ſententiæ ejuſdem Ulpiani, quam aliis locis luculenter expoſuit. Idem Ulpianus tàm in *l. ſi ita 15. ff. quand. dies leg. ced.* quàm in *l. mulier 22. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* proponit fideicommiſſum relictum ſub hac ipſa conditione, & reſpondet filiis emancipatis ſtatim deberi, quia eman-
29 cipatione conditio extitit. Et in *l. mulier* allegat ſuper hac re decretum Divi Marci. Et ratio eſt, quia verba illa, *morte patris*, adjiciuntur à teſtatore, qui non ſperat patrem emancipaturum filios: cæterùm ſi hoc ſperaſſet, ea verba non adjeciſſet *d. l. mulier 22.* Etenim teſtator qui legat filiofamilias, ideò apponit illam conditionem, ut filius legatum ſibi acquirat, non patri *l. duos 70. ff. de cond. & dem.* Quocumque autem modo fiat ſui juris filius, legatum ſibi acquirit pleno jure: ac propterea impletur voluntas teſtatoris concedendo legatum filio cùm emancipatur. Igitur licèt verba teſtatoris aliud ſignificare videantur, tamen voluntas potius, quàm verba ſunt conſideranda *l. pater Severinam 101. in princ. ff. de cond. & dem.* Suprà quoque, ut reſponderemus octavo argumento, oſtendimus, quòd tempus adjectum conditioni, aut conditio adjecta tempori, rei declarandæ cauſâ, nullam vim habet, & fruſtrà adjicitur. Verba illa, *morte patris*, adjiciuntur, ut declaretur quando filius ſui juris efficiatur: ac propterea nullam vim habent.

His animadverſis, ne dicamus Ulpianum pugnantia inter ſe ſcripſiſſe, & tàm bardum fuiſſe, ut à ſe ipſo diſſenſerit, diſſenſerit à decreto D. Marci; affirmandum eſt emancipatione conditionem illam extitiſſe: idque traditum etiam in noſtra *l. fideicommiſſa 11.* 30
§ ſi cui ff. de leg. 3. Nec verba legis repugnant: ait enim, *non videri conditionem defeciſſe*: hoc eſt, conditionem videri extitiſſe. Sic enim accipitur paſſim in Jure noſtro *l. multa 6. §. 1. ff. de cond. & dem. l quæ ſub conditione. § mortuo ff. de condit. Inſt.* nam conditio, quæ non defecit, extitit: cùm deficere, & exiſtere adverſentur *l. Titio 21. ff. de uſufr. leg.*

Expendamus jam verba, quæ ſubſequuntur: *Sed & cùm mori patri contingat, quaſi exiſtente conditione ad fideicommiſſum admittetur.* Obſervandæ ſunt particulæ illæ, *ſed &*; quæ ſignificant, *ſed etiam*, *quin etiam*. Particula *&* ſæpè ſignificat *etiam*. *l. 1. C. de novat. l. 1. C. de compenſ. l. quod diximus. in fin. ff. quod met. cauſ.*

Virgil. *lib. 2.* divini operis:

— quorum Iphitus ævo

Jam gravior, Pelias & vulnere tardus Ulyſſi.

Idem alibi:

Natus & ipſe Dea.

Quintil. *Tamen ſi quid adverſus te commiſit adoleſcens, ſit hoſtis & meus.* Plin. *lib. 7. cap. 30. Sed & noſtrorum gloriam percenſeamus.* Igitur *ſed &* ſignificat *ſed etiam*, ut in

l. 2. *in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocat.* Quamobrem hoc docemur in adducta lege, quòd non ſolum conditio illa exiſtit emancipatione, ſed etiam morte patris. Rectè Bartol. in *l. patri n.* 2. *ff. de vulg. & pupill.* ait, particulas *ſed &* ſignificare diverſitatem facti, & identitatem Juris. Utrovis igitur modo ſit impleta conditio, ſive emancipatione, ſive morte patris, filius ad fideicommiſſum admittitur, nec poſt emancipationem mors patris eſt expectanda *l. mulier* 22. *ff. ad S. C. Trebell. l. ſi ita* 15. *ff. quand. di. leg. ced.*

Nec obſtat, quod dixerit Ulpianus: *quaſi exiſtente conditione*: cùm revera non impropriè exiſtat conditio, ſi morte patris filius efficiatur ſui juris. Etenim licèt vox illa, *quaſi*, aliquando improprietatem notet: tamen ſæpenumerò in Jure noſtro adjicitur, cùm traditur ratio, cur aliqua in re ita ſit
31 conſtitutum. Quapropter verba illa, *quaſi exiſtente conditione*, continent rationem, cur etiam morte patris admittatur ad fideicommiſſum filius: nempè, quia exiſtit conditio. In eadem ſignificatione vox hæc uſurpatur in *l. verum eſt* 63. §. *ſi cùm tres ff. pro ſoc.* in *l. conſtitutionibus.* 33. *ff. de oblig. & act.* in *l. ſi verò* 5. §. *hac autem. verſ. quippe ff. de his qui effud. vel dejec.* in *l. ſi debitori* 47. *in princ. ff. de fidejuſſ.* Imò adjicitur etiam particula *quaſi* cùm res conſideratur, quâ talis eſt. Sic alicui quaſi liberto legari dicitur, cùm ei legatur, quâ libertus eſt: hoc eſt, cùm teſtator ideò ei legat, quia libertus eſt, & quatenus libertus eſt *l. falſa* §. *ſed ſi cui ff. de condit. & dem.* Et liberari dicitur quaſi fidejuſſor, qui liberatur quâ fidejuſſor eſt: videlicet tamquam fidejuſſorio nomine obligatus, non tamquam obligatus alia de cauſa *l.* 5. §. *ult. ff. de liber. legat.* Igitur *quaſi exiſtente conditione*, poteſt ſignificare, quòd conditio extiterit, quâ talis eſt, & quatenus, & quomodo adjecta fuit à teſtatore. Cùm filius emancipatur, conditio quidem non deficit, quia interpretamur voluiſſe teſtatorem etiam in hunc caſum filiofam. legare: ſed tamen non exiſtit eo modo, & quatenus adjecta fuit à teſtatore. Et ideò hoc caſu non dixit Ulpianus extitiſſe conditionem, ſed eam non defeciſſe: qua formula uti ſolent Juriſconſulti, cùm conditio quidem non deficit, & debetur legatum, ſed tamen non eſt impleta eo modo, quo eam teſtator adſcripſit *l. quæ ſub conditione* 32
8. §. *mortuo ff. de cond. Inſtit. l. multa ff. de cond. & dem.* Cùm verò filius ſui juris efficitur morte patris, tunc verè conditio exiſtit, quaſi conditio, quia exiſtit ad amuſſim, ſicut à teſtatore fuit adſcripta.

His expoſitis, conſtat veriſſimum eſſe, quod in conditione non promiſcua, cui dies adjectus eſt, eâ impletâ, dies non eſt expectandus. Argumenta autem omnia, quæ attulimus, referuntur ad quaſdam exceptiones hujus regulæ, quas Pragmatici limitationes appellant, quas modò breviter perſtringemus.

Prima igitur eſt, ſi dies verè non ſit adjectus conditioni, ſed ipſi legato & obligationi: tunc enim omninò eſt expectandus, ut in *l. uxori* 35. *ff. de uſufr. legat.* 33
in l. ſi ita legatum 103. *ff. de cond. & demonſtr.*

Altera eſt, ſi legati ſolutioni adjecta ſit aliqua particula extremum temporis articulum denotans, veluti *tum, tunc dato*, ut in *l.* 4. §. 1. *ff. de cond. & dem.* in *l. uxori* 35. *ff. de uſufr. legat.*

Tertia eſt, ſi legatum verè ſit in diem, non ſub conditione, vel favore libertatis, & alimentorum vel quia dies incertus ſit adjectus ſolutioni legati, ut in *l. ſi ita ſcriptum* 16. *ff. de man. teſt. in l. pen. C. quando di. leg. ced.*

Quarta eſt, ſi non dies conditioni ſit adjectus, ſed conditio propter diem adſcripta, ejus declarandi cauſâ, ut in *l. ſi ita legatum* 103. *ff. de cond. & dem.* in *l. uxori* 35. *ff. de uſufr. leg. &* in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi cui ff. de legat.* 3.

Quinta eſt, ſi dies ita cohæreat conditioni, ut ſine illo conditio impleri non poſſit, ut in *l. cùm hæres* 4. §. *ſervire ff. de ſtatu lib.* in *l. ſervus* 34. §. 1. *verſ. quid enim l. ſi peculium* 20. *ff. eod. in l. Thais* §. *Spendophorus, &* §. *libertatem ff. de fideic. lib.*

Digitized by Google

Sexta eſt, ſi conditio verè impleta non ſit, ſed à Jure pro impleta habeatur, quæ cohæret cum ſuperiore : nam tunc locum habet hæc exceptio, cùm conditio deſiderabat certum tempus, & ante illud tempus defecit, ſed à Jure pro impleta habetur, ut in *d. l. cùm hares* 4. *§. ſervire ff. de ſtatu lib. cum ſimilibus*, *& in l. libertis* 18. *§. ab haredibus ff. de alim. leg. l. ſi ita ſcriptum* 16. *ff. de manum. teſtam.*

Septima eſt, ſi aliquâ conjecturâ poſſimus aſſequi eam fuiſſe mentem teſtatoris, ne ante diem legatum præſtetur, ut in *l. Publius* 36. *§.* 1. *ff. de cond. & dem. & l. libertis §. ab haredibus ff. de alim. vel cibar. legat.*

CAPUT XXII.

AD L. 1. *ff. de legat.* 2.

SUMMARIUM.

1 *An legatum & inſtitutio conferri poſſint in alienam voluntatem?*
2 *Modeſtinus Ulpiani diſcipulus.*
3 *Legatum conferri poſſe in alterius arbitrium veluti conditionem, ſignificat ſolùm tacitè conferri poſſe.*
4 *Conditio ſemper tacitè confertur in alienam voluntatem, & n.* 6.
5 *Aliud eſt, conferre in alienam voluntatem conditionem : aliud, legatum.*
7 *Legatum aliquando tacitè, aliquando expreſsè confertur in alienam voluntatem.*
8 *Magis repugnat legatum conferri in voluntatem haredis, quàm tertii. Legatum tacitè, & in voluntatem tertii, & haredis conferri poteſt.*
9 *Exponitur* l. nonnumquam ff. de cond. & dem. *& conciliatur cum* l. 1. ff. de leg. 2.
10 *Quantum inter ſe differant conditiones* : ſi voluerit, *&* ſi adſcenderit, *&* non adſcenderit.
11 *Conditio* : ſi adſcenderit, *implenda eſt ubi primùm poteſt impleri.*
12 *Utraque conditio continet voluntatem Titii : non utraque validum facit legatum.*
13 *Libertas fideicommiſſaria committi poteſt voluntati haredis.*
14 *An & voluntati extranei?*

MOdeſtinus in *l. nonnumquam ff. de cond. & dem.* nos docet in alienam voluntatem conferri legatum non poſſe, & inutiliter hoc modo legari : *Si Mavius voluerit, Titio decem do.* Idem de hæredis inſtitutione reſponſum eſt à Pomponio in *l. ſi quis Sempronium* 68. *ff. de hared. inſtit.* Ratio eſt, 1
quia teſtamentorum jura ipſa per ſe firma eſſe oportet, non ex alieno arbitrio pendere *l. illa inſtitutio. in princ. ff. eod. tit.*

Contrà Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de legat.* 2. ait legatum conferri poſſe in alterius arbitrium, & voluntatem. Verba legis hæc ſunt : *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, poteſt : quid enim intereſt, ſi Titius in Capitolium adſcenderit, mihi legetur, an, ſi voluerit?* Multi Interpretes, & quidem acutiſſimi, has leges omninò contrarias eſſe arbitrantur, & Ulpianum ab aliis Juriſconſultis diſſenſiſſe. Ego contrà exiſtimo omnes idem ſenſiſſe, idem dixiſſe ; ac Modeſtinum in *l. nonnumquam ff. de condit. & dem.* ſententiam Ulpiani in hac noſtra lege ſignificatam paulò obſcurius, explicare perquiſitius, ac diligentius voluiſſe. Fuit enim Ulpiani diſcipulus Modeſtinus *l. ſi quis uxori* 52. *§. ſi quis aſinum ff. de* 2
furt.

Ait Ulpianus : *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, poteſt.* Quid ſignificant hæc verba? Nempè hoc : quòd legatum conferri poteſt in alterius arbitrium, eodem modo, quo confertur, aut conferri poteſt conditio. Nec aliter, ſalvâ ratione Latini ſermonis, hæc verba poſſumus interpretari. *Quo ex judicio, velut ex incendio, nudus effugit*, dixit olim Cicero in Clodium. Et Horatius :

> *Creſcit, occulto velut arbor ævo,*
> *Fama Marcelli.*

Sed fruſtrà tam perſpicuæ interpretationi majorem lucem conamur afferre. Quoniam igitur legatum conferri poteſt in alterius arbitrium eodem modo, quo confertur conditio, videndum eſt, quomodo conferatur conditio in alienam voluntatem : nam eodem modo conferri poterit etiam legatum. Dico igitur, quod conditio numquam nominatim & expreſsè confertur in alienam

3 voluntatem, ſed ſemper tacitè: imò, quod repugnat natura ipſa, & formula conditionis, quæ non patitur, ut expreſsè in alienam voluntatem conferatur. Itaque cùm in hac lege Ulpianus nos doceat, quod legatum conferri poteſt in alterius arbitrium, eodem modo, quo conditio, id ipſum nos docet, quod Modeſtinus in *d. l. nonnumquam*: videlicet, quòd legatum tacitè, non expreſsè conferri poteſt in alienam voluntatem.
4 Demonſtrandum eſt igitur, conditionem ſemper tacitè conferri in alterius voluntatem, numquam expreſsè: imò nec expreſsè conferri poſſe naturâ ipſius conditionis repugnante.

Separatum quiddam eſt à conditione legatum. Legatum continet id, quod eſt à teſtatore relictum. Conditio continet factum, quo ſuſpenditur id, quod eſt relictum à
5 teſtatore. Itaque aliud eſt, in alienam voluntatem conferre legatum: aliud, conferre ipſam conditionem. Quapropter rectè Ulpianus in hac lege ſeparat, atque diſtinguit legatum collatum in alterius arbitrium à conditione in ejuſdem arbitrium collata. Legatum confertur in alterius arbitrium, cùm legatum ipſum immediatè (ut ita dicam) pendet ab alterius voluntate. Conditio verò in alterius arbitrium confertur, cùm factum illud, quo legatum ſuſpenditur, ab aliena voluntate pendet. Dicam planius, ſi potero. *Lego Titio centum, ſi Cajus in Capitolium adſcenderit*: Hic ipſa conditio collata eſt in voluntatem Caji. Conditio eſt factum adſcendendi: factum adſcendendi pendet à voluntate Caji. Igitur conditio ipſa pendet à voluntate Caji, in ejus voluntatem eſt collata. Rurſus ponamus hoc modo legatum fuiſſe: *Lego Titio centum, ſi Cajus voluerit*. Hìc legatum ipſum collatum eſt in voluntatem Caji, non verò conditio. Etenim id ipſum, quod relinquitur à teſtatore, committitur voluntati Caji. Conditio verò non eſt collata in voluntatem Caji: nam in conditione nullum factum poſitum eſt diſtinctum, ac ſeparatum à voluntate Caji, à qua pendere debeat. Voluntas Caji eſt ipſa conditio. Nihil autem refertur ad ſe ipſum, ſed unumquodque refertur ad aliud, quod ſit ab ipſo diſtinctum. Itaque non poteſt dici in voluntatem Caji conditio; ſed legatum ipſum. Legatum enim conditionale confertur in eventum conditionis adjectæ: atqui eventus adjectæ conditionis eſt voluntas Caji: igitur legatum ipſum collatum eſt in Caji voluntatem, non conditio. Scio non ſemper hæc in Jure noſtro diſtingui; quare conditio illa, in qua nominatim exprimitur voluntas aliena, aliquando dicitur collata in alienam voluntatem, licèt revera non ipſa conditio, ſed legatum ſit collatum, aut obligatio, ut in *l. ſtipulatio 17. ff. de V. O. l. in venditis C. de contrah. empt. l. in perſonam. 22. §. generaliter ff. de Reg. Jur.* Plerumque tamen hoc modo in alterius voluntatem conferri dicitur legatum ipſum; ipſa obligatio; ſeu, quod idem eſt, alienæ voluntati committi. *l. illa inſtitutio 32. in princ. ff. de hered. Inſtit. l. nonnumquam in fine ff. de cond. & dem. l. Senatus 43. §. legatum ff. de leg. 1. l. fideicommiſſa 46. §. quamquam. ff. de fideicomm. libert. l. fideicommiſſa 11. §. quamquam in fin. ff. de leg. 3. l. hæc venditio 7. l. ſi in emptione 34. §. ſi emptio ff. de contr. empt. l. 2. §. non utique, alias l. 3. ff. de eo quod certo lo.* Prætereà cùm in noſtra *l. 1.* Ulpianus diſtinguat legatum collatum in alterius arbitrium à conditione in alterius arbitrium collata, utique nulla alia inter hæc duo poteſt excogitari differentia.

Quibus conſtitutis, ſatis conſtat conditionem ſemper tacitè conferri in alienam voluntatem: expreſsè autem nullo modo poſſe. Nam aut in conditione eſt expreſſa voluntas, aut non eſt expreſſa. Si non eſt expreſſa voluntas, ut in hoc legato: *Lego Titio centum.* 6
ſi Cajus in Capitolium adſcenderit: tacitè conditio collata eſt in voluntatem Caji *l. ſi quis Sempronium 68. ff. de hæred. inſtit. l. nonnumquam in princ. ff de cond. & dem.* Si verò ſit nominatim expreſſa voluntas in conditione, legatum ipſum collatum erit in voluntatem Caji, non conditio; ut ſuprà probavimus, & conſtat ex *d. l. nonnumquam. in fin.* & ex *l. illa inſtitutio. in princ. ff. de hæred. inſt.* Veriſſimum eſt igitur eam eſſe

naturam, &, ut ita dicam, conditionem conditionis, ut ſolum tacitè conferri poſſit in voluntatem alienam.

Progrediamur ultrà. Conditio ſolum tacitè confertur in alienam voluntatem: legatum aliquando confertur expreſsè, aliquando tacitè. Expreſsè confertur hoc modo: *Lego*
7 *Titio centum, ſi Cajus voluerit.* Tacitè confertur hoc modo: *Lego Titio centum, niſi Cajus noluerit*, argumento textûs in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſic fideicommiſſum ff. de leg.* 3. Nam verba illa: *niſi Cajus noluerit*, ſic interpretatur, *ſi Cajus non repugnaverit, non contradixerit, cùm primum poterit d. l. ve ſ. & primam.* Item tacitè confertur legatum in alienam voluntatem hoc modo: *Lego Titio centum, cùm Cajus voluerit.* In hoc enim legato tempus exprimitur, & tacitè ſubeſt conditio voluntatis *l. ſi Titio* 22. *in princ. verſ. nec intereſt. ff. quan. dies leg. ced.* Sciendum igitur eſt, quod legatum eſt inutile, ſi in alienam voluntatem conferatur expreſsè *l. nonnumquam. in fin. ff. de cond. & dem.* ſi verò collatum ſit in alienam voluntatem tacitè, illis modis, quos nunc propoſuimus, valebit legatum. Etenim illis modis conferri poteſt legatum etiam in voluntatem ipſius hæredis *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſic.* 5. *ff. de leg.* 3. & §. *hoc autem* 6. *ejuſd. legis. l. fideicommiſſa* 46. §. *quamquam ff. de fideic. libert.*
8 *l. uxorem* 41. §. *pen. ff. de leg.* 3. magis autem repugnat legato voluntas hæredis adjecta, quàm extranei *l. Senatus* §. *legatum ff. de leg.* 1. quia nulla obligatio conferri poteſt in voluntatem debitoris *l. ſub hac* 8. *ff. de oblig. & act. l. ſtipulatio* 17. *l. à Titio* 108. §. 1. *l. centeſimis* 46. *in fin. ff. de V. O. l.* 7. *ff. de contr. empt. l. in vendentis* 13. *C. eod. l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc.* cùm hoc repugnet naturæ ipſius obligationis, quæ neceſſitate debet adſtringere debitorem *princ. tit. Inſt. de oblig. l.* 3. *ff. de oblig. & act.*

His expoſitis, facilis eſt noſtræ legis interpretatio. *In alterius arbitrium conferri legatum, veluti conditio poteſt.* Conditio confertur in alterius arbitrium ſolum tacitè, ut probavimus: ergò ſi legatum conferri poteſt in alterius arbitrium, ſicut conditio, ipſum quoque legatum conferri poterit ſolum tacitè. Nempè iis modis, quos modò recenſuimus; non autem expreſsè. Hoc & veriſſimum eſt, & confirmat communem ſententiam, non eam labefactat. Quia verò hæc ab Ulpiano dicta erant paulò brevius, atque obſcurius, idcircò Modeſtinus ejus ſtudioſus eadem hæc dilatavit, & deſcriptè, ac luculenter digeſſit in *l. nonnumquam ff. de cond. & dem.* Ac primum propoſuit exemplum con- 9
ditionis collatæ in alienam voluntatem, docuitque legatum utile eſſe: quia licèt pendeat ab aliena voluntate; tamen voluntas in conditione non eſt expreſſa nominatim, uno verbo, quia conditio, non legatum erat collatum in alienam voluntatem. Deinceps ſubjicit exemplum legati collati in alienam voluntatem, & hoc inutile eſſe docet ea de cauſa, quia legatum in alienam voluntatem conferri non poteſt: ut nos doceat, quod in ſuperiori exemplo erat utile legatum, quia non ipſum legatum erat collatum in alienam voluntatem, ſed conditio legati. Denique ſubjicit regulam illam, quam & initio conſtituerat, quòd expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, ut intelligamus etiam legatum ipſum tacitè conferri poſſe in alienam voluntatem.

Nunc reliqua deinceps legis verba ſunt explicanda. Ait Ulpianus: *Quid enim intereſt, ſi Titius in Capitolium adſcenderit, mihi legetur, an, ſi voluerit?* Hæc verba, ſi referamus ad legatum, & generaliter interpretemur, nihil intereſſe inter has formulas, & adjectiones: *Si volueris*, & *ſi in Capitolium adſcenderis*, falſam omninò ſententiam continent. Multum enim intereſt inter has 10
duas conditiones. Si centum promittas ſub hac conditione, *ſi volueris*, nulla contrahetur obligatio *l. ſub hac* 8. *ff. de oblig. & act. l. centeſimis. in fin. ff. de V. O.* Si verò promittas ſub hac conditione, *ſi in Capitolium adſcenderis*, contrahetur obligatio, cùm contrahatur etiam ſub conditione, *ſi non adſcenderis l. veluti* 17. §. 1. *l. quicquid* 99. §. 1. *l. ita ſtipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* Rurſus, ſi inſtituas hæredem ſub conditione, *ſi Titius voluerit*, nulla erit inſtitutio: at ſi.

Digitized by Google

inſtituas ſub conditione, *ſi Titius in Capitolium adſcenderit*, utilis erit inſtitutio *l. ſi quis Sempronium* 68. *ff. de hæred. inſt.* Neque verò exiſtimandum eſt, tam bardum fuiſſe Ulpianum, ut non intelligeret, quantum hæc duo inter ſe differant. Legatum confertur in eventum conditionis: in illa, conditionis eventus eſt ipſa voluntas Titii; in hac, eſt factum adſcendendi, non voluntas: in illa, ſtatim ac Titius voluerit, legatum debebitur; in hac, etiamſi maximè velit legatum deberi, tamen non debebitur, niſi in Capitolium adſcendat. Atqui ne adſcendat multa in cauſa eſſe poſſunt. Poteſt morbo impediri, diſtineri negotiis, vel, dum piget illum adſcendere, & procraſtinat, mori, quod eveniſſe proponitur in *l. ult. verſ. quod ſi non adſcendiſſet ff. de cond. inſtit.* Finge etiam Titio legatum ab alio relictum fuiſſe ſub conditione, *ſi in Capitolium non adſcenderit*, ut in *l. 3. ff. de leg. 2.* utique in Capitolium non adſcendet, ut ſibi legatum debeatur. Etenim etiamſi vellet alteri quoque legatum deberi, tamen mavult alium legatum amittere, quam ſe ipſum. Finge mille alias cauſas: nam ut Titius in Capitolium ad-
11 ſcendat, ſine ejus incommodo fieri non poteſt, præſertim quia hæc conditio implenda eſt ſtatim, ac poteſt impleri *l. hac conditio 29. ff. de cond. & demonſtr.* At verò ut Titius velit, ſine ullo ejus incommodo fit: itaque adjectâ hac conditione ipſe omninò arbiter eſt, & quaſi dator legati, quod eſt contra naturam ultimarum voluntatum *l. illa inſtitutio ff. de hered. inſtit.* Præterea multò magis pendet à voluntate conditio illa, *ſi in Capitolium non adſcenderit*, quàm hæc, *ſi in Capitolium adſcenderit*: facilius eſt enim non adſcendere, quàm adſcendere; & tamen etiam illa conditio multum differt à conditione, *ſi voluerit*, nam ſi quis promittat ſub conditione, *ſi voluerit*, non obligatur; obligatur autem ſi promittat ſub conditione, *ſi non adſcenderit in Capitolium*: ut modò probavimus.

Alia igitur horum verborum inveſtiganda eſt interpretatio. Ea verba, quantum arbitror, ab Ulpiano videntur adjecta ad explicandum id quod ante dixerat ſubobſcurè. Dixerat legatum conferri poſſe in alterius arbitrium, eodem modo, quo confertur conditio. Dubitari poterat quomodo conditio conferatur in alterius voluntatem, ita ut differat, & diſtinguatur ab ipſo legato in alterius voluntatem collato. Quod quia non eſt ita perſpicuum, nos pluribus ſuprà explicavimus, cùm id nemo, quòd ſciam, animadverterit. Ulpianus autem more veterum Juriſconſultorum paucis verbis idem indicavit. Propoſuit enim exemplum conditionis collatæ in alterius arbitrium, cujuſmodi eſt illa: *ſi Titius in Capitolium adſcenderit*; quod proponitur etiam à Modeſtino in *l. nonnumquam. in princ. ff. de cond. & dem.* Ut autem oſtenderet hanc conditionem 12
collatam eſſe in voluntatem Titii, dixit: nihil intereſſe, *ſi Titius in Capitolium adſcenderit, mihi legetur, an, ſi voluerit.* Nihil intereſt quoad comprehendendam voluntatem Titii, & efficiendum, ut utraque conditio contineat Titii voluntatem: ſed quòd valeat legatum, multum intereſt. In illa voluntas eſt expreſſa; in hac voluntas non eſt expreſſa; ſed tamen & ipſa voluntatem continet, quia tacitè ineſt. Sic in *l. quodcumque 45. §. non ſolam ff. de V. O.* Idem Ulpianus ait: quod nihil intereſt, dicat quis, *cùm veneris*, an *ſi veneris*; *cùm morieris*, an *ſi morieris*: quia in hac formula conditio eſt expreſſa: in illa verò tacitè ineſt *l. ſi Titio 22. in princ. ff. quan. dies leg. ced.* Cæterùm quoad actum, cui adjiciuntur, multum intereſt inter has duas particulas, *cùm*, & *ſi*. Etenim ſi promittam ſub conditione, *ſi volueris*, inutilis eſt ſtipulatio: ſi verò promittam, *cùm volueris*, valet ſtipulatio *l. centeſimis §. ſi ita. cum ſeq. ff. de V. O.* Sic *in noſtra lege* 1. nihil intereſt inter utramque conditionem, quoad voluntatem Titii, quæ utraque conditione continetur; non quòd utrumque legatum valeat. Nam hoc legatum, *ſi Titius voluerit*, inutile eſſe putabat etiam Ulpianus. Conjecturâ id aſſequi poſſumus conſiderando ſententiam ejuſdem Ulpiani in *l. fideicommiſſa 46. ff. de fideicomm. libert.* Nulla res eſt tanto favore

Digitized by Google

digna, quanto eſt libertas : itaque licet nul-
lum legatum poſſit conferri in voluntatem,
& nutum hæredis, tamen conferri poteſt li-
bertas fideicommiſſaria, ut ait Ulpianus in
13 *d. l. in princ.* Deinde quærit, an eodem mo-
do libertas fideicommiſſaria conferri poſſit in
voluntatem extranei, & in hoc videtur hæ-
ſitare, ac titubare : reſpondet enim his ver-
bis : *mihi videtur poſſe dici valere libertatem,*
quia conditio potius eſt. Quæ dubitatio, quan-
ta hæſitatio, tractuſque verborum ? Proindè
quaſi non ſufficiat favor libertatis, quærit
adminicula, quibus fulciat ſententiam ſuam,
14 videlicet, quòd voluntas aliena ſit adjecta
tamquam conditio, tamquam aliquis even-
tus, tamquam aliquod factum. Quibus ani-
madverſis, conſtat Ulpianum in alio legato
multò aliter reſponſurum fuiſſe. Nam ſi alia
quoque legata rectè conferrentur in alienam
voluntatem, quis de libertate poſſet dubita-
re ? Quæ amentia eſſet, ſi hæſitaret in legato
libertatis ille, qui in aliis legatis ſine hæſi-
tatione reſponderat, poſſe in alterius arbi-
trium conferri ? Præſertim cùm ille ipſe Ul-
pianus paulò ante dixerit, libertatem confer-
ri poſſe in voluntatem hæredis, in quam
nullum aliud legatum conferri poteſt. Hæc
ſunt, quæ ad explicationem hujus legis, ſi
non ad mentem Ulpiani, ſaltem dilucidè,
quantum natura rei ferebat, à nobis expo-
nenda eſſe duximus.

CAPUT XXIII.

AD L. SUB HAC 8. *ff. de oblig. & act.*

SUMMARIUM.

1 *Sub conditione*, ſi volam, *nulla contrahitur obligatio.*
2 *Contractus non ante perficitur, quàm ſit impleta conditio.*
3 *Giphanius reprehenditur.*
4 *Harprechti ſententia reprobatur.*
5 *Ex contractu conditionali fingitur initio nata obligatio.*
6 *Cujacius reprehenditur.*
7 *Qua in re differant hæ duæ conditiones* : ſi volam, & ſi voluero.
8 *Qui contrahunt ſub his conditionibus non habent animum obligandi.*
9 *Contractus ſimulati nullam vim habent.*
10 *Conditiones in præſens, vel in præteritum collata ſtatim perimunt obligationem, ſi falſæ ſint.*
11 *Conditio, quæ ſemel defecit, amplius impleri non poteſt.*
12 *Conditio, quæ perſonæ cohæret, ab alio impleri non poteſt.*
13 *Conditiones prædictæ cohærent perſonæ promiſſoris.*
14 *Quantum hac in re differant contractus à legatis.*

QUoniam ſuprà diximus obligationem
conferri non poſſe in voluntatem debi-
toris, quæ ſententia cùm ſtabiliri, tùm in-
firmari videtur *l. ſub hâc* 8. *ff. de oblig. & act.*
idcircò eam explicare operæ pretium eſſe du-
cimus. Eſt autem multò difficilior, quàm
plerique opinantur, & multò aliter exponen-
da, quàm Doctiſſimi Viri arbitrantur.

Ait Pomponius : *Sub hac conditione, ſi vo-
lam, nulla contrahitur obligatio : pro non dicto
enim eſt, quòd dare, niſi velis, cogi non poſſis.*
Hactenus rectè : & conſentit cum aliis Juriſ- 1
conſultis in *l. ſtipulatio* 17. *ff. de V. O.* in *l.
centeſimis* 46. *in fin.* in *l. à Titio* 108. §. 1. *ff.
eod.* in *l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod. cert.
loc.* in *l.* 7. *ff. de contr. empt.* in *l. in venden-
tis* 13. *C. eod. tit.* in *l. Senatus* §. *legatum ff.
de leg.* 1. ſed verba, quæ ſequuntur, non ſolum
aliorum ſententiæ videntur eſſe contraria, ſed
etiam cum ipſius Pomponii ſententia diſſide-
re. Ait enim : *Nam nec heres promiſſoris
ejus, qui numquam dare voluerit, tenetur :
quia hæc conditio in ipſum promiſſorem num-
quam extitit.* Ideò non tenetur hæres promiſ-
ſoris, quia conditio defecit, quia promiſſor
numquam dare voluit : ergò ſi non defeciſ-
ſet conditio, ſi promiſſor dare voluiſſet, te-
neretur hæres, & contracta fuiſſet obligatio.
Eſt hoc fortiſſimum argumentum *l.* 1. *in
princ. ff. de officio ejus cui mand.* Eſt hoc
commune omnibus conditionibus. Ideò enim
non naſcitur obligatio ex contractu, cui ad-
jecta eſt cujuſquemodi conditio, quia con-
ditio non extitit *l. ſi quis* 37. *in fin. ff. de
contr. empt.* nam contractus non ante perfici-
tur, quàm ſit impleta conditio *l.* 7. *in princ.
ff. eod. tit.* Non differt igitur hæc conditio 2
ab aliis conditionibus : ſed aliæ conditiones

contractibus rectè adjiciuntur §. *omnis*, *cum duobus ſeqq. Inſt. tit. de V. O.* ergò non minus rectè adjicietur hæc conditio. Quid igitur eſt, quod ait J. C. *initio legis*: ſub hac conditione nullam contrahi obligationem.

Giphanius putat in hac ſecunda legis parte Pomponium tractare de eo, qui promiſit ſub conditione, *cùm voluerit*, quæ conditio non infirmat ſtipulationem, deficit tamen mo-
3 riente promiſſore, antequam velit *l. centeſimis §. ſi ita ff. de V. O.* Hoc quia perſpicuè falſum eſt, non attinet refutari. Numquam ei, qui verba legis accuratè conſideraverit, hoc poterit perſuaderi.

Harprechtus, Vir in primis copioſus, & doctus, ait, inutilem eſſe ſtipulationem; ſed ſi promiſſor voluerit, exiſtente conditione convaleſcere. Omitto pervulgatam illam
4 regulam: *Quod initio non valet, tractu temporis non convaleſcit.* Abſurdum videtur, ut conditio illa, quæ adjecta omninò infirmat ſtipulationem, eamdem confirmet exiſtens. Si exiſtente conditione naſcitur obligatio, falſum eſt, quod dixit J. C. *Sub hac conditione nullam contrahi obligationem.* Omnis conditio ſuſpendit obligationem, donec
5 exiſtat *l. cedere diem ff. de V. S. l. legata* 41. *ff. de cond. & dem.* ſed cùm retrotrahatur in contractibus ad tempus celebrati contractûs, initio contracta videtur obligatio *l. neceſſario* 8. *in princ. ff. de peric. & comm. rei vend. l. ſub conditione* 16. *ff. de ſolut. l. filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. potior* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pig. hab.* ſpectamus enim id tempus, quo contrahimus *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* Falſum eſt igitur nullam contrahi obligationem, cùm vel ab initio contracta videatur. Exemplum autem ab Harprechto allatum ad rem non pertinere vel cæci videant.

Doctiſſimus Cujacius docet hanc ſtipulationem inutilem non eſſe. Diſcrepant enim
6 inter ſe hæ duæ conditiones *ſi volam*, & *ſi voluero.* hæc ſemper infirmat ſtipulationem, cui adjicitur: illa non infirmat ſtipulationem, ſi exiſtat ante mortem promiſſoris, nec obſtat obligationi.

Si hæc approbamus, qua ratione tuebimur, ac defendemus Pomponium, qui initio legis affirmat nullam contrahi obligationem, & pro infecta haberi ſtipulationem? Quid? an non alii omnes clamant, in voluntatem debitoris conferri non poſſe obligationem; an debeat, in voluntate debitoris poni non poſſe; non poſſe à voluntate debitoris ſtatum capere promiſſionem *l. ſtipulatio* 17. *ff. de V. O. l. in vendentis* 13. *C. de contr. empt. l.* 7. *in princ. ff. eod. l.* 1. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc. l. à Titio* 108. §. 1. *ff. de V. O.* Diſcrepant quidem quoad 7
electionem hæ duæ conditiones: *ſi volam*, &, *ſi voluero.* Illa tractum quemdam habet, & infinitum tempus comprehendit: hæc momento temporis conſumitur, & primam voluntatem demonſtrat, quia quiddam præteriti temporis habet admixtum. Itaque qui promiſit ſe daturum ſervum, quem *volet*, poteſt ſemper mutare electionem, donec aliquem ſervum dederit. At qui promiſit ſe daturum ſervum, quem *voluerit*, electionem mutare non poteſt, & tenetur eum dare, quem ſemel elegerit: quia jam voluit, & ſolus actus voluntatis ſtipulatione continetur ſine tractu temporis infiniti, quo actu perfecto, iterum velle non poteſt *l. ſi quis* 112. *ff. de V. O.* Sed hæc noſtræ legi non poſſunt accommodari. Neque enim minus repugnat naturæ, & neceſſitati obligationis hæc, quàm illa conditio. Non quærimus an mutari poſſit voluntas; ſed an poſita ſit in voluntate debitoris obligatio. Conditio illa, *ſi volam*, eò magis in mea voluntate ponit obligationem, quò magis liberam continet voluntatem: poſſum enim ſemper eam mutare, & adhuc liber ſum, etiam poſtquam voluero.

Dicam ego quod ſentio, ita tamen, ut meam ſententiam nulli prælatam velim. Duo ſunt, quæ, meo judicio, docere nos voluit Pomponius in hac lege. Primum eſt, quod adjectâ hac conditione, contrahi non poteſt obligatio, non ſolum quia hæc conditio repugnat naturæ obligationis, ſed etiam quia contrahentes nolunt contrahere obligationem. Nam neque ille qui ſtipulatur ſub conditione, *ſi debitor voluerit*, habet animum 8
obligandi promiſſoris, neque promiſſor habet

Digitized by Google

bet animum ſe obligandi, qui promittit ſe
daturum, *ſi voluerit*. Ludunt, & jocantur
contrahentes, non revera contrahunt: nam
ſine animo, & propoſito contrahendi obli-
gatio non contrahitur *l.* 3. §. *ult. ff. de oblig.
& act. l. nuda ff. de contr. empt.* Itaque nec
9 contractus imaginarii, & ſimulati ullam vim
habent *d. l. nuda*, *& l.* 1. §. *Divi fratres ff.
de quaſt. l. creditor.* 10. *C. de don. inter vir.
& uxor. l. cum ea C. de tranſact. l. ſi ex pre-
tio C. ſi cert. pet. l. ſi obligatum C. de ſolut.*
Varro *lib.* 5. *de Ling. Lat. Non ſpondet ſtatim,
qui dixit, ſpondeo, ſi jocandi cauſa dixit:
neque agi poteſt cum eo ex ſponſu.* Simile quid
de conditione impoſſibili Marcianus reſpon-
dit in *l. non ſolum ff. de obligat. & act.* Ad-
jectâ conditione impoſſibili contrahentes non
obligantur: quia procul dubio ejuſmodi eſt
eorum cogitatio, ut nihil agi exiſtiment,
appoſitâ eâ conditione, quam ſciant eſſe im-
poſſibilem. Sic appoſitâ conditione; *ſi volue-
ris*, aut, *ſi voles*, nihil agi exiſtimant con-
trahentes, & nolunt contrahere obligatio-
nem. Quamobrem hæc conditio ſtatim defi-
cit, quia ſtatim certum eſt nolle obligari
promiſſorem, & proindè ſtatim quoque nulla
eſt ſtipulatio, ut accidit in conditionibus in
10 præſens, vel in præteritum tempus collatis,
quæ, ſi falſæ ſint, ſtatim perimunt obliga-
tionem §. *conditiones Inſt. tit. de V. O. l. con-
ditio* 100. *ff. de V. O. l. cùm ad præſens* 37.
cum ſeqq. ff. de reb. cred. Hæc voluit ſignifi-
care Pomponius in *noſtra lege*, cùm ait: *pro
non dicto enim eſt, quòd dare, niſi velis, cogi
non poſſis.* Videlicet pro infecto habetur con-
tractus, cùm deſit animus ſe obligandi, ſi-
cut pro infectis habentur, quæ ſimulantur
*l. cum ea C. de tranſact. l. ſi ex pretio C. ſi
cert. pet.* Deinde ſubdit, quod hæc conditio
in ipſum promiſſorem numquam extitit, qui
numquam dare voluit: quibus explicat, pro-
miſſorem non habuiſſe animum ſe obligandi,
numquam dare voluiſſe, ſtatim defeciſſe con-
ditionem: quia dare non vult, qui ita pro-
mittit.

Atque hùc referendum eſſe puto, quod
traditur de fidejuſſoribus. Fidejuſſor in alie-
nam obligationem accipi non poteſt, non
poteſt debere id, quod non debet principa-
lis debitor *l. ſi ita* 42. *l.* 8. §. *ſi quis Stichum
ff. de fidejuſſ.* Itaque ſi reus principalis pro-
miſerit Stichum, aut Pamphilum, fidejuſſor
autem promittat Stichum, utilis erit fide-
juſſio *l. hi qui* 34. *& l.* 8. §. *contra ff. de fi-
de uſſ.* Ita tamen, ut pendeat fidejuſſio; nam
ſi reus principalis voluerit ſolvere Pamphi-
lum, quem non promiſit fidejuſſor, non erit
obligatus fidejuſſor. Contrà verò ſi reus prin-
cipalis promiſerit decem, & fidejuſſor pro-
miſerit decem, aut Stichum, ſtatim eſt inu-
tilis fidejuſſio *d. l.* 8. §. *ſi quis Stichum, &
l. ſi Stichum* 38 *ff de fidejuſſ.* Non expecta-
tur hîc, ut fidejuſſor eligat Stichum, quem
non debet principalis: quia initio præſumi-
tur hunc elegiſſe, & noluiſſe ſe obligare, qui
hoc modo contraxit. Sic in eo, qui promiſit
ſe daturum, *ſi volet*, non expectatur ut ve-
lit, ſtatim nolle præſumitur; ſtatim deficit
conditio; & cùm ſemel defecerit, amplius
impleri non poteſt *l. Thais* 41 § *intra ff.* 11
de fideic. lib. l. pupillorum C. de adm. tut.

Eſt & aliud quiddam, quod nos voluit
docere Pomponius in hac lege, ut propoſui-
mus; videlicet, hanc conditionem injunc-
tam eſſe perſonæ promiſſoris, eique cohære-
re, ita ut ab alio impleri non poſſit, nec
ab ipſo ejus hærede. Promiſſor non tenetur
iis de cauſis, quas modò diximus. Hæres 12
autem promiſſoris alia quoque de cauſa non
tenetur, quia conditio perſonæ promiſſoris
erat injuncta, & cùm in ipſum non extite-
rit, ab ejus hærede non poteſt impleri. Ita-
que etſi ſtipulatio naturâ ſuâ eſſet utilis, ta-
men non teneretur, quia morte promiſſoris
deficeret conditio *l. ſi ita expreſſum* 69. *ff. de* 13
cond. & dem. Explicat hanc Pomponii ſen-
tentiam Paulus in *l. centeſimis* § *ſi ita ff. de
V. O.* ubi ait, quod ſi quis ita ſtipuletur:
cùm volueris, dabis, quidam putarunt uti-
lem eſſe ſtipulationem: ſed evaneſcere, ſi
moriaris, antequam te velle conſtituas: id-
que verum eſſe. Eſt utilis hæc ſtipulatio, &
tamen hæres promiſſoris non tenetur, quia
ipſe conditionem implere non poteſt. Et hoc
eſt, quod monere voluit Pomponius in ſe-
cunda parte legis noſtræ: nempè, quòd hæ-

res multò minus tenetur, quàm promiſſor: nam etſi conditio illa non corrumperet ſtipulationem, tamen hæres ejus promiſſoris, qui numquam voluit, non poteſt obligari, quia conditio injuncta eſt perſonæ promiſſoris.

Neque hoc temerè admonuit. Sed primùm, ut intelligamus, etiam in caſu, quo valet ſimilis ſtipulatio, tamen hæredem non teneri, ſi promiſſor numquam voluit: qui caſus refertur à Paulo in *d. l. centeſimis.*

Præterea, ut oſtenderet quantum contrac-
14 tus differrent à legatis. In his enim ſi debitor, antequam moriatur, non conſtituat ſe velle ſolvere fideicommiſſum, hæres ejus ſtatim tenetur ad ſolvendum *l. fideicommiſſa* 11. §. *hoc autem.* & *l. uxorem* §. *Scævola ff. de leg.* 3. Itaque in contractibus morte debitoris deficit conditio: contrà in fideicommiſſis morte debitoris extitit.

CAPUT XXIV.

AD L. OBTINUIT 3. *ff. de cond. & dem.*

SUMMARIUM.

1 *Conditionum impoſſibilium genera.*
2 *Conditiones naturâ impoſſibiles quæ: & an detrahantur?*
3 *Conditio impoſſibiles naturâ vitiat contractus: & quare? n. 4.*
4 *Differentia inter contractus, & ultimas voluntates.*
5 *Teſtatoris maximè intereſt ſuam voluntatem exitum habere.*
6 *Jus Civile vigilantibus ſcriptum eſt.*
7 *Jus Civile favore teſtatorum aliquando inducit aliquid contra eorum mentem.*
8 *Lex Falcidia favore teſtatorum, & hæredum lata.*
9 *Longiſſimum tempus, quo quis vivere non poſſit, detrahitur.*
10 *Statu liber ab alio manumiſſus non Romanam, ſed Latinam libertatem conſequebatur.*
11 *Quidam dabant libertatem in tempus mortis, ne ſervus umquam poſſet ad libertatem pervenire.*
12 Millies *quanta ſumma: & an faciat impoſſibilem conditionem.*
13 *Reprehenditur Cheſii expoſitio.*
14 *Falſæ conditiones quæ, & earum genera.*
15 *Conditiones, quæ ſemper falſæ fuerunt, detrahuntur.*
16 *Item, quæ falſæ factæ ſunt, aut ante conditum teſtamentum, aut per hæredis inſtitutionem.*
18 *Detrahuntur etiam conditiones, quas teſtator falſas eſſe ignoravit.*
19 *Aufertur legatum, & donatio manumiſſo, qui natales repetiit.*
22 *Conditio reddendi tabulas vi ipſa continet liberationem.*
23 *Conditio hæc non eſt impoſſibilis, etiam tabulis non exiſtentibus, niſi cùm hæres debitor non eſt.*
24 *Conditio, quæ falſa eſſe incipit poſt conditum teſtamentum, non detrahitur.*
25 *Aliud eſt* detrahi conditionem: *aliud eam* non deficere, *aut pro impleta haberi.*
26 *Conditio reſtituendi res in dotem datas impletur reſtituendo quicquid ſupereſt.*
27 *Periculum rerum dotalium æſtimatarum pertinet ad maritum: & quare, n.* 28.
29 *Conditio juriſjurandi remittitur, & reſolvitur in modum, adeo ut legatum non ſit amplius conditionale, & factum implendum ſit ſolum, ſi poteſt*
31 *Viventis nulla eſt hæreditas: nec recipit æſtimationem.*
32 *Æſtimatio, quanti, plurimi, reſpicit tempus præteritum, non futurum.*
33 *An conditio pro impleta habeatur, cùm per legatarium non ſtetit, quominus impleatur.*
34 *Si conditio poſt mortem teſtatoris fiat falſa, non detrahitur, ſed aliquando pro impleta habetur.*
35 *Conditiones à Jure improbatæ ſunt impoſſibiles; quot earum ſpecies; detrahuntur etiam ex teſtamento militis.*
36 *Aliquando improbatur à Jure conditio: aliquando ipſa diſpoſitio.*
37 *Cùm improbatur diſpoſitio, ipſa corruit: vide exempla.*
38 *Vitioſa, & impoſſibilis diſpoſitio valere non poteſt: & quando ſit ejuſmodi.*
39 *Cur non valeat diſpoſitio captatoria, perplexa, & in alienam voluntatem collata.*
40 *Dies aliquando reddit diſpoſitionem impoſſibilem.*
41 *Imò potius reddit impoſſibilem ſolutionem, quia dies non afficit ſubſtantiam diſpoſitionis.*
42 *Cùm habetur pro non ſcripta ſolutio præcepta à teſtatore, ſuccedit neceſſitas ſolvendi juxta naturam obligationis.*
43 *Anguſtiæ temporis reddunt nullum contractum & quare?*
45 *Conditiones turpes, quæ neque legibus, neque bonis moribus repugnant, non remittuntur.*

O*Btinuit impoſſibiles conditiones teſtamento adſcriptas pro nullis habendas.* Brevis, & clara lex, ſed magnis controverſiis implicata: propterea perſpicuè eſt explicanda. Conditiones, quæ pro nullis haben-

1 tur, aut impoſſibiles ſunt: aut falſæ: aut contra jus: vel, ut cum noſtris loquar, quædam ſunt impoſſibiles naturâ: quædam ex ſuppoſitione: quædam Jure.

2 Impoſſibiles naturâ ſunt, quibus naturâ impedimento eſt, quominus poſſint exiſtere §. *ſi impoſſibilis Inſt. tit. de inutil. ſtipul.* Harum hujuſmodi exemplum in Jure noſtro proponitur: *ſi digito cœlum tetigeris*: ut in *d. §. ſi impoſſibilis, & in l. cùm in ſecundo. in fin. ff. de injuſt. rupt.* Veteres Scriptores *digito cœlum attingere* dicebant eos, qui ad ſummum inſolitæ felicitatis faſtigium videbantur evecti. Eleganter Cicero ad Atticum: *Noſtri autem Principes digito ſe cœlum putant attingere, ſi mulli barbati in piſcinis ſunt, qui ad manus accedant.* Horat.

— Sublimi feriam ſidera vertice.

Lyſimachus devictâ Thraciâ, cùm ad eum Byzantio legati veniſſent, dixiſſe fertur: *Nunc ad me veniunt Byzantii, cùm haſta cœlum tango.* Argutè reſpondit Paſiades: *Abeamus hinc, ne cuſpide cœlum perforet.*

Noſtri verò Juris Conditores hæc verba naturaliter acceperunt, & impoſſibilem conditionem continere ſtatuerunt *d. §. ſi impoſſibilis, & d. l. cùm in ſecundo*: & ideò pro non ſcriptis habenda eſſe in teſtamentis, cùm impoſſibiles conditiones detrahantur ab ultimis voluntatibus, & pro non adjectis habeantur *l. obtinuit 3. ff. de cond. & demonſt. l. 1. ff. de cond. inſt. §. impoſſibilis Inſt. tit. de hæred. inſt.*

Duo tamen occurrunt, quæ homines etiam in Jure exercitatos impediunt, & nutare co-
3 gunt in hac ſententia defendenda. Primum, exemplum contractuum, quos inutiles eſſe adjectâ impoſſibili conditione certo certius eſt *l. non ſolum ff. de oblig. & act. l. impoſſibilis 7. ff. de V. O. §. ſi impoſſibilis Inſt. tit. de inut. ſtip. l. ſi ſub impoſſibili 19. ff. de fidejuſſ.*

Sed hunc nodum diſſolvit Mæcianus in
4 *l. non ſolum ff. de oblig. & act.* ubi diſcrimen inter contractus, & ultimas voluntates nobis indicat his verbis: *Quia in ea re, quæ ex duorum, pluriumve conſenſu agitur, omnium voluntas ſpectetur: quorum procul dubio in hujuſmodi actu talis cogitatio eſt, ut nihil agi exiſtiment, appoſitâ eâ conditione, quam ſciant eſſe impoſſibilem.* Hæc ratio non convenit ultimis voluntatibus, quæ ſolius diſponentis voluntate conſtant, non duorum, pluriumve conſenſu. In ultimis voluntatibus ille, cujus maximè intereſt valere diſpoſitionem, videlicet hæres, aut legatarius, non intervenit diſpoſitioni, ut poſſit impedire, ne teſtator adjiciat impoſſibilem conditionem: & quamvis interveniret, id impedire non poſſet, quia in ultima diſpoſitione ejus voluntas non ſpectatur. In contractibus maximè intereſt ejus, qui ſe obligat, ne contractus valeat: adeoque facilè præſumitur, eum obligari noluiſſe. In altero contrahente facilè etiam admittitur præſumptio, eum nihil agere voluiſſe; ea de cauſa quia conſenſit adjectioni conditionis impoſſibilis, quam ſciebat exiſtere non poſſe. In defunctorum diſpoſitionibus contraria omnia. Teſtatoris 5
maximè intereſt voluntatem ſuam exitum habere *l. & quia ff. de interr. act. §. licet Inſt. tit. quib. manum. non lic. princ. tit. Inſt. de Leg. Falcid.* adeoque præſumi non poteſt, eum inutiliter diſponere voluiſſe. Maximè quoque intereſt ejus, cui aliquid in teſtamento relinquitur *l. poteſt hæres ff. ad Leg. Falc.* ſed non poteſt ei imputari, cur conſenſerit conditioni impoſſibili, quia nec intervenit, nec ſpectatur ejus voluntas in ultima diſpoſitione.

Concurrit etiam favor ultimæ voluntatis. Neque enim is ſum, qui hac in re Bartolum, & alios reprehendam. Poterat enim lex improbare diſpoſitionem, tamquam ab homine non ſanæ mentis factam *l. 2. & l. 5. in fin. ff. de inoffic. teſtam. princ. tit. Inſt. eod.* Eleganter Terentius in *Heautont. act. 2. ſcen. 3.*

Siquidem id ſapere eſt, velle te id, quod non poteſt contingere.

Maluit autem præſumere conditionem incautè excidiſſe. Poterat nihilominus, etiam admiſſâ hac præſumptione, non approbare

diſpoſitionem. Sibi enim imputet teſtator,
ſi incautè, & inconſultò diſpoſuit: nam Jus
6 Civile vigilantibus ſcriptum eſt. *l. pupillus*
24. ff. quæ in fraud. credit. Hæc omnia inſu-
per habuerunt Juriſconſulti Veteres, ut fa-
verent, tùm teſtatoribus, tùm hæredibus,
& aliis, quibus aliquid ſub hujuſmodi con-
ditione fuerat in teſtamento relictum. Ani-
madvertebant enim legem ipſam, aliquan-
do favore tàm teſtatorum, quàm hæredum,
7 aliquid ſtatuere contra voluntatem defuncti.
Exemplo ſit Lex Falcidia, quæ inducta eſt
contra ſententiam teſtatorum *l. Titia 86. in*
8 *fin. ff. ad Leg. Falcid.* favore tamen eorum-
dem teſtatorum *princ. tit. Inſt. de Leg. Falcid.*
& etiam hæredum *l. poteſt ff. eod.* Quantò
magis igitur ad ſervandam ultimam volun-
tatem præſumi debet, conditionem incauto
teſtatori, & turbato cogitatione mortalitatis
excidiſſe: eique venia danda eſt: nec ejus
incogitantiæ imputandum eſt, quòd ſibi con-
ſultius non providerit.

Alterum eſt Pauli reſponſum in *l. cùm hæ-*
res §. non eſt ſtatu liber ff. de ſtatu lib. Non eſt
ſtatu liber, cui libertas in tam longum tempus
collata eſt, ut eo tempore, qui manumiſſus eſt,
vivere non poſſit: aut ſi tam difficilem, imò
penè impoſſibilem conditionem adjecerit, ut
aliunde ei libertas obtingere non poſſit: veluti
ſi hæredi millies dediſſet, aut cùm moreretur
liberum eſſe juſſiſſet: ſic enim libertas inutili-
ter datur: & ita Julianus ſcribit: quia nec
animus dandæ libertatis eſt. Duæ hîc condi-
9 tiones impoſſibiles proponuntur. Longiſſi-
mum tempus, quo vivere non poſſit is, qui
manumiſſus eſt. Hujuſmodi tempus detrahi
ſolet *l. ſi mihi* 12. *§. ſi quis ſervos ff. de leg.* 1.
ſed hæc vitiat legatum libertatis, quo nul-
lum eſt favorabilius. Altera eſt conditio:
ſi millies dederit: quam penè impoſſibilem
dicit Juriſconſultus, conficit enim vicies
quinquies centena millia noſtrorum ſcuto-
rum. Hîc autem monendum, quod & aliàs
indicavimus, perperam quoſdam legere *mil-*
le, aut *decem millia*: nam ſub hac condi-
tione libertas rectè datur, ut videre eſt apud
Ulpianum *in fragm. tit. de ſtatu lib. §. ſub hac*
conditione.

Hæc omnia, quæ libertati obſtare viden-
tur, favore ipſius libertatis ſunt introducta.
Atque ut hoc demonſtremus, duo ſunt præ-
mittenda. Primum, quod ſi ſtatu liber ab alio
manumitteretur, non Romanam, ſed Lati- 10
nam libertatem conſequebatur *l. un. §. ſed*
etſi ſub conditione C. de Latin. libert. toll.
Fiebat enim Latinus, non Civis Romanus,
& quamvis viveret tamquam liber, tamen
ultimo vitæ momento in ſervitutem redige-
batur, & patronus, tamquam dominus,
omnia ejus bona occupabat *d. l. un. in princ.*
& §. ſed ſcimus, & §. ſed & qui, & §. illud
etiam, & §. ſimilique modo. Præterea præ-
mittendum eſt, quòd olim introductum fue-
rat dare libertatem ſervis in tempus mortis,
ne illi poſſent umquam ad Romanam, & ve- 11
ram libertatem pervenire: nam ſi in vita ab
alio fuiſſent manumiſſi, Latinam ſolum li-
bertatem conſequebantur, hoc eſt, quodam-
modo in priſtina ſervitute remanebant, ut
ait Juſtinianus in *l. un. §. ſed & qui domini*
C. de Lat. libert. toll. adeoque ſolebant do-
mini hoc modo libertatem dare, non animo
dandæ libertatis, ſed potius ejus impedien-
dæ, ne ſervi umquam ad libertatem perve-
nirent. Hæc luculenter explicat Pomponius
in *l. ult. ff. de manum. teſtam.* ubi etiam hunc
modum dandæ libertatis comparat illi, cùm
teſtator hæredi interdicit, ne pendente con-
ditione ſervum manumittat.

His probè conſtitutis, facilis eſt expoſitio
laudatæ legis. Vitioſum eſt legatum, nec va-
let datio libertatis, quia teſtator non habet
animum dandæ libertatis, ibi: *quia nec*
animus dandæ libertatis eſt: dat enim liber-
tatem ſub ea conditione, quam ſcit vivo
ſervo non exituram. Habet igitur animum
impediendæ libertatis: hæc enim conditio
efficit, ne umquam ad veram libertatem poſ-
ſit pervenire, etiamſi ab alio manumittatur,
ibi: *ut aliunde ei libertas obtingere non poſſit.*
Ceſſante animo, & voluntate teſtatoris non
poteſt conſequi libertatem: & ideò non de-
trahitur conditio. Favore autem libertatis
conſtitutum eſt inutile eſſe legatum, ne li-
bertas impediatur, & aliunde poſſit obtin-
gere.

Digitized by Google

Animadvertendum autem eſt, eas conditiones non eſſe impoſſibiles. In primo legato potius impoſſibile eſt ipſum legatum, quàm conditio. Tempus enim extiturum eſt, ſed tunc libertas obtingere non poterit. Sed de hoc infrà dicemus. In ſecundo legato conditio eſt quidem difficilis, ac penè impoſſibilis, non tamen verè impoſſibilis, ad-
12 eoque non eſt ejus generis conditio, quæ detrahi debeat. Difficile eſt *millies* dare, non impoſſibile. Senec *lib* 1. *natural. quæſt.* de quodam Hoſtio: *Hunc divitem avarum, ſeſtertiûm millies ſervum, Divus Auguſtus indignum vindictâ judicavit, cùm à ſervis occiſus eſſet, & tamen non pronuntiavit jure caſum videri.* Id. *lib.* 2. *de benefic. cap.* 27. *Cn. Lentulus Augur, divitiarum maximum exemplum, antequam illum libertini pauperem facerent: hic quater millies ſeſtertiûm ſuum vidit.* Deinceps ſubdit: *Hic cùm omnia incrementa ſua D. Auguſto deberet, ad quem attulerat paupertatem, ſub onere nobilitatis laborantem, Princeps jam Civitatis & pecunia, & gratia, ſubinde Auguſto ſolebat queri, dicens, ſe à ſtudiis abductum. Nihil tantum in ſe congeſtum eſſe, quantum perdidiſſet relictâ eloquentiâ.* Qui poſſedit quater millies, & à libertinis factus eſt pauper, potuit ſervo millies dare, ut libertatem conſequeretur. Plin. *lib.* 33. *cap.* 10. *M. Craſſus negabat locupletem eſſe, niſi qui redditu annuo legionem tueri poſſet. In agris ſuis ſeſtertiûm bis millies poſſedit. Quiritium poſt Syllam ditiſſimus. Multos poſtea cognovimus, ſervitute liberatos, opulentiores, pariterque tres Claudii principatu, Pallantem, Calliſtum, & Narciſſum*; Idem Plin. *lib.* 36. *cap.* 15. *de* M. Scauro: *Sed & reliquus apparatus tantus Attalicâ veſte, tabulis pictis, cæteroque choragio fuit, ut in Tuſculanam villam reportatis, quæ ſuperfuerant, quotidiani uſus deliciis, incenſâ villâ ab iratis ſervis, concremarentur ad bis millies.* Nero Tiridati abeunti millies dono dedit. Mitto reliqua. Hoc tantum addo, falli doctiſſimum Virum, qui putat hæc
13 legata relinqui potius animo impediendæ, quàm dandæ libertatis, quia nemo manumiſſurus ſit eum ſervum, qui exiſtente conditione futurus eſt libertus orcinus *l.* 2. *in princ. ff. de ſtatu lib.* Etenim nemo vereri poteſt, ne exiſtat conditio penè impoſſibilis. Quis enim futurus eſt tam liberalis, ut velit pro ſervo millies ſolvere? aut qua ratione poterit ipſe immenſam pecuniæ ſummam conficere? Demus eam confeciſſe. Quæ cauſa poteſt ipſum impellere ad implendam conditionem, ſolvendamque tam ingentem pecuniæ ſummam, ſi jam ab alio libertatem eſt conſecutus? quàm facile poterit declinare ſolvendi neceſſitatem? Multò minus vereri poteſt, ne vivo ſervo dies exiſtat, ſi ſervus in tam longum tempus manumiſſus eſt, ut eo tempore vivere non poſſit. Neminem retrahere poteſt à manumittendo periculum remotiſſimum; imò, aut omninò, aut penè impoſſibile.

Progrediamur ad alterum genus conditionum impoſſibilium, quæ falſæ dicuntur *in l. cùm tale §. falſam conditionem ff. de cond. & demonſt.* Dialectici dicerent eſſe de ſub- 14
jecto non ſupponente: Noſtri dicunt impoſſibiles ex ſuppoſitione, vel per accidens. Quoad has conditiones, tria tempora ſunt conſideranda, quæ cùm non ſeparent, atque diſtinguant Interpretes noſtri, & omnem docendi rationem perturbant, & quæſtionem per ſe obſcuram denſiſſimis tenebris involvunt. Tempus ante conditum teſtamentum: tempus poſt conditum teſtamentum: & tempus poſt mortem teſtatoris. Sunt enim quædam conditiones, quæ ſemper fuerunt impoſſibiles, etiam ante conditum teſtamentum: aliæ factæ ſunt impoſſibiles poſt conditum teſtamentum, ſed in vita teſtatoris: aliæ poſt ejus mortem.

Separatis hiſce temporibus illud ſtatuendum eſt: eas ſolas conditiones detrahi, tamquam impoſſibiles, & pro non ſcriptis ha- 15
beri, quæ aut ſemper fuerunt impoſſibiles: aut ſaltem erant impoſſibiles, tempore conditi teſtamenti. In *l. ſi Mævia* 45. *ff. de hæred. inſt.* teſtator inſtituerat Lucium Titium hæredem ſub conditione: *ſi filia mea vivet.* Filiam numquam habuerat. Reſpondit JC. Titium hæredem fore, quia id, quod impoſſibile in teſtamento ſcriptum eſſet, nul-

Digitized by Google

lam vim haberet. In *l. libertate 26. in fin. ff. de ſtatu lib. Servus juſſus redditâ ratione ad libertatem pervenire: licet nullam adminiſtraverit rationem, nihilominus liber erit.* In *l. cùm tale §. falſam conditionem ff. de condit. & dem. Falſam conditionem Caſſius, & Cœlius Sabinus impoſſibilem eſſe dixerunt: veluti: Pamphilus, ſi quod Titio debeo, ſolverit, liber eſto, ſi modo nihil Titio fuit debitum.*

16 De conditionibus, quæ non fuerunt ſemper impoſſibiles, ſed tamen factæ ſunt impoſſibiles ante teſtamentum conditum, exempla proponuntur in *l. multa §. 1. ff. de cond. & demonſt.* ubi filia, quæ in conditione viva ſupponebatur à teſtatore, mortua erat ante teſtamentum: in *l. ab omnibus §. in teſtamento ff. de leg. 1.*

Idem dicendum, ſi per ipſam inſtitutionem conditio fiat impoſſibilis. In *l. ſi qui ita 4. ff. de condit. inſtit.* quidam hæredem inſtituerat ſub conditione, ſi ſervum hæreditarium non alienaverit. Si ſolus hæres inſtitutus ſit, impoſſibilis eſt conditio, quia nemo alius hæres eſt, cui cavere poſſit, ſe non alienaturum. In *l. mulier 20. ff. eod.* mulier, quæ viro ſuo ex dote promiſſam pecuniam debebat, virum hæredem ita inſtituit: *Si eam pecuniam, quam doti promiſiſſet, neque petiſſet, exegiſſet.* Si vir ſolus hæres inſtitutus ſit, impoſſibilis eſt conditio, & pro non ſcripta accipienda eſt. Nemo enim eſt, à quo poſſit exigere, aut cui poſſit acceptum facere, & per confuſionem tollitur obligatio *l. Stichum §. aditio ff. de ſolut.* Has conditiones ipſe teſtator reddit impoſſibiles, unicum hæredem inſtituendo.

Antequam progrediamur ad tempus poſt teſtamentum conditum, explicandæ ſunt nonnullæ leges, quæ his, quæ hactenus conſtituimus, videntur eſſe contrariæ. Primum autem contrarium reſpondetur in *l. ſervo 58. ff. de condict. indeb.* Teſtator legaverat ſervo ſuo centum, ſi ex teſtamento ad libertatem perveniſſet: ſervus poſtea ingenuus pronuntiatus eſt. Reſpondit Papinianus, legatum non deberi, & ſolutum repeti poſſe. Hæc conditio ſemper fuit impoſſibilis; non poteſt enim ad libertatem ingenuus pervenire *§. ult. Inſt. tit. de ingen. l. 1. & 2. C. de ingen. manum.* & tamen vitiat legatum, adeo ut etiam, ſi ſolutum fuerit, repeti poſſit.

Perterruit omnes veteres Interpretes hujus argumenti vis: atque ut eam eluderent, novo commento totam rationem detrahendi conditiones impoſſibiles perverterunt. Invaluit itaque opinio falſiſſima, & nullâ lege 18
ſuffulta, conditiones, quas teſtator falſas eſſe ignorabat, non detrahi, ſed vitiare ultimas voluntates: cùm tamen hæ tantò magis detrahendæ ſint, quantò certius eſt, eas incauto teſtatori excidiſſe. Sed hanc ſententiam alii confutarunt.

Veriſſima eſt Sarmienti interpretatio. Qui ad libertatem proclamabat, & ingenuus pronuntiabatur, agnitis natalibus, cogeba- 19
tur reſtituere manumiſſori, quæcumque ab eo conceſſa, donata, legata acceperat, quæque ex re ejus acquiſierat; idque Senatuſconſulto cautum erat, de quo mentio fit in *l. 1. C. de ingen. manum.* & in *l. 3. ff. ſi ingen. eſſe dicetur.* Itaque in laudata lege aufertur legatum ſervo, non quia inutiliter legatum fuerit, adjectâ impoſſibili conditione; ſed quia legatarius originem repetiit, agnitis natalibus; quod ei auferretur, etiamſi conditio illa adjecta non fuiſſet.

Præterea contrarium reſpondit Neratius in *l. multa §. ſi ſervos ff. de cond. & demonſtr.*
Si ſervos certos quis manumiſiſſet, hæres 20
eſſe juſſus erat: quibuſdam ex his antea mortuis, Neratius reſpondit, defici eum conditione: nec æſtimabat, pareri poſſet conditioni, nec ne.

Quidam Viri apprimè docti in hujus legis interpretatione magnas turbas cient, &, ut eſt in veteri proverbio, *fluctus in ſimpuvio excitant.* Sed non eſt ambigendum in hac lege referri Neratii ſententiam, ſed non probari; imò ſtatim improbari auctoritate Servii, Labeonis, Sabini, Caſſii. Primum enim indicat Pomponius ſe non acquieſcere Neratii ſententiæ, illis verbis: *nec æſtimabat, &c.*

Deindè ſtatim ei opponit ſententiam Ser-

vii ; ibi : *ſed Servius , &c.* & Servii ſen-
tentiam confirmat auctoritate Labeonis. Ad-
dit deinceps auctoritatem Sabini , & Caſſii ,
qui eas conditiones , quaſi impoſſibiles , pro
non ſcriptis habendas exiſtimarunt. Obſer-
va : *eas conditiones.* Comprehendunt hæc
verba tàm conditionem propoſitam à Servio ,
quàm propoſitam à Neratio. Denique ita ſta-
tuit : *qua ſententia admittenda eſt.* Neratius
probabat ſententiam Trebatii , cujus nulla
ratio habetur in *l. Stichum* 39. §. *ſi Stichus ff.
de ſtatu lib.* Qui hæc non vident , in luce
meridiana cæcutiunt.

Idem propè videtur reſpondiſſe Julianus
in *l. hujuſmodi* 84. §. *ſi ita cui legatum eſſet*
21 *ff. de legat.* 1. *Si ita cui legatum eſſet , ſi
tabulas chirographi mei hæredi meo reddiderit,
hæres meus ei decem dato : ſi tabulæ in rerum
natura non fuerint , æſtimabitur impleſſe con-
ditionem , ſi hæredem liberaverit , nec ad rem
pertinebit , an tunc , cùm teſtamentum fiebat ,
tabulæ interciderint , an poſtea , vel mortuo
teſtatore.* Hîc conditio impoſſibilis non de-
trahitur , ſed implenda eſt ſaltem per æqui-
pollens , alioqui deficiet. Agitur autem hîc
de conditione , quæ erat impoſſibilis , etiam
tempore conditi teſtamenti. Idem tamen
Julianus contrarium notat in *l. ab omnibus
§. in teſtamento. verſic. Julianus notat ff. de
legat.* 1.

Reſpond. conditio reddendi tabulas hæ-
redi vi ipſâ continet ejuſdem hæredis libera-
22 tionem. Itaque impletur hæc conditio hære-
dem liberando , adeoque etſi tabulæ non
extent , tamen non eſt impoſſibilis conditio ,
ſed hæres liberandus eſt. *d. l. hujuſmodi §. ſi
ita cui ff. de legat.* 1. Si conditio contineret
ſolummodò factum reddendi tabulas , iis
non extantibus , conditio eſſet impoſſibilis ;
ſed quia continet liberationem , poſſibilis
23 eſt , etiam tabulis non extantibus : quia
cùm poſſit exiſtere debitum ſine tabulis ,
nec debitum intercidat , intercidentibus ta-
bulis , poteſt liberari hæres , etiamſi tabulæ
interciderint , quandocumque illæ interci-
derint. Tunc conditio eſſet impoſſibilis , ſi
nihil hæres deberet *l. cùm tale § falſam ff.
de cond. & demonſtr.* quia non poteſt libera-
ri , qui non eſt debitor : & ideò ſi legem
Titio centum , quæ mihi debet , inutile eſt
legatum , ſi nihil mihi debeat *l. ſi ſic lega-
tum. §. quod ſi. in princ. ff. de leg.* 1. *l. legavi.
verſic. quod ſi ſic dixit. ff. de liberat. legat.*
quia legata eſt liberatio *d. l. legavi.* ea autem
eſt impoſſibilis , ſi Titius non ſit debitor.
Et de hac conditione agitur in Laudata lege
ab omnibus §. in teſtamento ff. de leg. 1.
Nempè , non interciderant tabulæ , ut in
l. hujuſmodi ff. eod. ſed nullæ fuerunt , quia
hæres numquam debitor fuerat : & hoc caſu
conditio eſt impoſſibilis. Hîc obiter animad-
vertendum Labeonem , & Julianum , rec-
tam Latini ſermonis rationem religioſè ſer-
vantes non *impoſſibile* , ſed ἀδύνατον Græcè
dixiſſe.

Veniamus ad tempus poſt conditum teſta-
mentum. Si poſt conditum teſtamentum
aliquid evenerit , quo conditio impleri non
poſſit , conditio defeciſſe dicitur , non verò
detrahitur , tamquam impoſſibilis. In *l. cum* 24
*tale §. falſam conditionem ff. de condit. &
demonſtr. Quod ſi poſt teſtamentum factum
teſtator pecuniam exſolvit , defeciſſe conditio-
nem intelligi. In l. quæ ſub conditione. §.
mortuo ff. de cond. inſtit. Nam mortuo Sticho,
nemo dicet ſubmovendum eum : non videtur
enim defectus conditione , ſi parere conditioni
non poſſit.* Et ideò in *l. ab omnibus §. in teſta-
mento ff. de legat.* 1. ut conditio ſit impoſſi-
bilis , & pro non ſcripta habeatur , exigit
Julianus , ut tabulæ nullæ fuerint teſtamenti
tempore. Et in *l. turpia §. 2. ff. de legat.* 1.
reſponſum eſt , deberi legatum , ſi ſervi mors
impediſſet manumiſſionem , non quia con-
ditio tamquam impoſſibilis detrahatur ; ſed
quia per legatarium non ſtat , quominùs
ſervus ad libertatem perveniat. Sunt autem
hæc inter ſe longè diverſa , *deficere* , aut 25
non deficere conditionem ; & *conditionem de-
trahi* , vel *non detrahi* , quaſi impoſſibilem
l. multa. in fin. ff. de cond. & dem. ubi Pom-
ponius refert opinionem Servii , & Labeo-
nis , qui dicebant , eum non defici condi-
tione : deinceps addit opinionem Sabini ,
& Caſſii , qui putabant conditionem , quaſi
impoſſibilem detrahi , & horum ſententiam

Digitized by Google

admittit. Plus eſt detrahi conditionem, & pro non ſcripta haberi, quàm eam non deficere, & haberi pro impleta: quæ detrahitur, nec deficit, nec impletur: perindè enim eſt ac ſi adjecta non fuiſſet.

Sed contrarium reſpondiſſe videtur Scævola in *l. qui dotem* 12. *ff. de dot. præleg.* ibi: *Quaſitum eſt, ſi res in dotem data plures ipſo uſu finita eſſent: an quaſi ſub impoſſibili*
26 *conditione legatum datum debeatur? Reſpondi, videri conditioni paritum, ſi quod ex rebus in dotem datis ſupererit, in poteſtatem hæredis pervenerit.* In hac lege agitur etiam de rebus conſumptis poſt conditum teſtamentum, cùm comprehendantur res omnes vivo marito conſumptæ: adeòque conditio illa detrahitur, licet facta ſit impoſſibilis poſt conditum teſtamentum.

Reſpond. quòd conditio illa non detrahitur, tamquam impoſſibilis: ſed impletur ab uxore, per reſtitutionem rerum, quæ ſuperſunt; idque ex voluntate ipſius teſtatoris. Supponitur in ea lege in dotem datas fuiſſe res æſtimatas: ac propterea maritus, non tenebatur reſtituere uxori res in dotem acceptas, ſed earum æſtimationem *l. quoties* 5. *C. de jur. dot.* Legavit maritus hanc ſummam, hanc æſtimationem uxori, quam ei reſtituere debebat, ſub hac conditione, ſi hæredi reſtituiſſet res omnes, quæ tabulis dotalibus continebantur, quas reſtituere deberet, etiam hac conditione non adjectâ. Non autem alio animo videtur maritus hanc conditionem adjeciſſe, niſi ut reſtitueret res illas, ſi ſupereſſent. Neque enim potuit gravare uxorem ad reſtituendas res conſumptas: cùm enim per æſtimationem contracta fuerit emptio *l. plerumque* 10. *§. ſi*
27 *ante. l. ſi rem æſtimatam* 14. *cum ſeqq. ff. de Jure dot.* periculum pertinet ad ipſum maritum *§. cùm autem emptio Inſtit. tit. de empt. & vend. l. id, quod poſt* 7. *l. neceſſario* 8. *l. ſi vendita* 11. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. quod ſæpè* 35. *§. ſi res ff. de contr. empt. l.* 4. *&* 5. *C. de peric. & comm. rei vend. l. fructus, & l. pen. C. de action. empti.* Quamobrem non reſtituendo res conſumptas nihil facit contra voluntatem teſtatoris, & parere videtur conditioni. Propterea Scævola non reſpondit uxorem legatum obtinere, quia ſit impoſſibile reſtituere res conſumptas, & quod impoſſibile ſcriptum eſt in teſtamento nullam vim habere: ſed reſpondit uxorem obtinere legatum, quia paruit conditioni. Conditioni impoſſibili pareri non poteſt. Quærit an legatum debeatur, quaſi datum ſit ſub conditione impoſſibili: & reſpondet deberi, quia paritum eſt conditioni: ergò reſpondet, non eſſe datum ſub conditione impoſſibili. Legatum datum ſub conditione impoſſibili debetur, quia conditio pro non ſcripta habetur, non quia conditioni pareatur, cui pareri non poteſt.

Poſſent etiam opponi, quæ tradita ſunt ab Ulpiano in *l. quæ ſub conditione §. mortuo* 28
ff. de condit. inſtit. ubi ſi quis hæres inſtitutus ſit, ſub conditione, ſi juraſſet ſe Stichum manumiſſurum, & Stichus mortuus ſit, vel manumiſſus, vivo teſtatore, non videtur defectus conditione hæres: *Quia implenda eſt voluntas teſtatoris, ſi poteſt: nec videtur conditione defectus, qui non potuit parere conditioni.* Si conditio illa non detraheretur, quaſi impoſſibilis, hæres defectus conditione videretur.

Reſpond. quod cùm conditio jurisjurandi à Prætore remittatur *l. non dubitamus ff. de condit. & demonſtr.* & *d. l. quæ ſub conditione. in princ. ff. de cond. inſt.* ita tamen, ut ille 29
teneatur facere id, quod conditione continebatur *l. hac ſcriptura ff. de cond. & dem. d. l. quæ ſub conditione §. mortuo.* adeo, ut ſi non faciat, ei deneget Prætor actiones *d. l. quæ ſub conditione §. quoties, & l. ſi quis libertatem* 12. *ff. de manum. teſtam.* conditio illa reſolvitur in modum, perindè ac ſi hæres inſtitutus fuiſſet, ut Stichum manumitteret. Modus autem numquam implendus eſt, cùm non poteſt impleri *l.* 1. *C. de legat. l. ſi fundum per fideicommiſſum* 92. *§. Julianus ff de leg.* 1. detractâ enim conditione jurisjurandi Prætor compellit ad faciendum *l. hac ſcriptura ff. de cond. & dem.* ſed non poteſt compellere ad faciendum id, quod fieri non poteſt *l. impoſſibilium ff. de R. J.*

Non

Digitized by Google

Non ſubrogat Prætor conditionem faciendi in locum conditionis jurisjurandi : ſed remiſſâ hac conditione, legatum non eſt amplius conditionale ; & ideo ſtatim cedit legati dies *l. ſi poſt diem* 5. §. *ſed ſi ea ff. quan. dies legat. eod.* & ad hæredes legatum tranſmittitur *l. quæ ſub conditione* §. *ult. ff. de cond. inſt.* & hæres ſub hac conditione inſtitutus ſubmovetur à bonorum poſſeſſione contra tabulas, quia jam hæres factus eſt ; nec ulla conditione ſuſpenditur inſtitutio *l. libertus* 20. *in princ. ff. de bon. libert.* Quamobrem Ulpianus eum, cui legatum eſt ſub hac conditione, comparat legatario ſub modo, in laudata *l. quæ ſub conditione* §. *mortuo ff. de condit. inſtit.*

Poteſt etiam opponi Juliani reſponſum in *l. inde Neratius* §. *idem Julianus* 2. *ff. ad Leg. Aquil.* ubi cùm quis inſtitutus fuiſſet
30 ſub conditione, *ſi Stichum manumiſiſſet* : qui Stichum occidit, tenetur etiam in æſtimationem hæreditatis, ſi illum occidit mortuo teſtatore, quia hæres damnum hæreditatis patitur deficiente conditione : ſi verò occidit vivo teſtatore, non tenetur, quaſi eo caſu conditio non defecerit.

Ad hoc argumentum reſpondet ipſe Julianus, qui ait ceſſare æſtimationem hæreditatis, non quia eo caſu conditio ſit impoſſibilis, & pro non ſcripta habeatur : *ſed quia retrorſum, quanti plurimi fuit, inſpicitur.*
31 Non poteſt igitur haberi ratio hæreditatis, quæ nulla fuit, vivente teſtatore *l.* 1. *ff. de hæred. vel act. vend. l.* 1. *ff. pro hæred.* Quid enim æſtimetur ? an hæreditas, quæ nulla fuit ? an bona, quæ eo tempore defunctus habebat ? At hæc ad hæredem non poterant pertinere ; ſed ſolum ea, quæ defunctus habiturus erat tempore mortis. Hoc autem tempore non poteſt æſtimari ſervus quanti plurimi ſit, cùm jam ſit occiſus, & in æſti-
32 matione *quanti plurimi* tempus præteritum inſpiciatur, non futurum : hoc eſt, tempus, quod præcedit damnum datum, non quod ſubſequitur *l. ait lex* §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.* An æſtimetur jus, quod habet hæres vivo teſtatore ? At hoc æſtimari non poteſt, cùm incertum ſit, tùm ratione patrimonii, quod augeri minuive poteſt, tùm quia neque delatum eſt, neque quæſitum, & facilè evenire poteſt, ut neque deferatur, neque poſſit acquiri, vel hærede moriente ante teſtatorem, vel teſtatore mutante voluntatem. Quamobrem nulla fieri poteſt æſtimatio hæreditatis, ſi vivo teſtatore ſervus ſit occiſus : hujus enim temporis nulla eſt æſtimatio.

Sunt & aliæ leges, in quibus reſpondetur legatum deberi, etiamſi conditio facta fuerit impoſſibilis vivo teſtatore, ut in *l. Stichum* 39. §. *ſi Stichus ff. de ſtatu lib.* in *l. turpia* §. 1. *ff. de legat.* 1. ſed hæ leges non 33
pertinent ad quæſtionem de conditione impoſſibili ; ſed ad alteram longè diverſam : an conditio pro impleta habeatur, quoties per legatarium non ſtetit, quominùs impleat conditionem : de qua agitur in *l. Jure Civili* 24. *& l. Julius* 81. *in fin. ff. de cond. & dem.* in *l. in jure* 161. *ff. de Reg. Jur.* in *l. ſi peculium* 20. §. *is, cui ff. de ſtatu lib. l. quæſitum* 57. *l. cùm ita datur* 94. *ff. de cond. & dem. l. ult. C. de cond. inſert. l.* 5. §. *item ſi ff. quan. dies legat. ced. l.* 1. *C. de inſt. & ſubſt. & paſſim.* Non ignoro reſponſum Pomponii in laudata *l. turpia* §. 1. *ff. de leg.* 1. non videri convenire regulis, quæ traditæ ſunt de conditione, quæ pro impleta habetur : ſed ad noſtrum inſtitutum non pertinet hanc controverſiam dirimere.

De tertio tempore poſt mortem teſtatoris jam diſſeramus. De hoc nulla controverſia 34
eſt, quin conditio numquam detrahatur, ſed deficiat, & legatum corruat, aut inſtitutio *l. indè Neratius* §. *idem Julianus ff. ad Leg. Aquil. l. in teſtamento* 31. *in princ. l. cùm ita datur* 94. *in princ. verſ. diverſa. l. pen.* §. *item ſi ff. de condit. & demonſtr. l. ſi peculium* 20. §. *is, cui ff. de ſtatu lib. l. legatum C. de cond. inſert.* niſi conditio pro impleta habeatur, quo caſu ſuſtinetur diſpoſitio, licèt conditio verè defecerit, ut in *l. quæſitum ff. de cond. & dem.* in *l. ſi peculium* §. *is, cui ff. de ſtatu lib. l. ſi ita ſcriptum ff. de manum. teſtam.*

Supereſt tertium genus conditionum impoſſibilium, hoc eſt, earum, quæ à jure

ſunt improbatæ. Hæ quoque ſunt impoſſibiles.
35 *l. filius ff. de cond. inſtitut.* Hæ quoque detrahuntur ab ultimis voluntatibus *l. conditiones 14. ff. de condit. inſtit.* ſive turpes ſint, & contra bonos mores *l. non dubitamus ff. de cond. & demonſtr. l. reprehendenda C. de inſt. & ſubſt. l. un. C de his, quæ pœn. nom. l. pen. ff. de cond. inſt.* ſive ſint contra leges *l. ſi quis ſub conditione ff. de condit. inſtit. l. non dubitamus ff. de cond. & demonſtr.* ſive ſint in fraudem legis *l. Sejus & Agerius 27. ff. ad Leg. Falcid.* ſive ſint contra Rempublicam *l. Imperatores §. 1. ff. de pollic.* ſive contra publicam utilitatem, nuptias impedientes *l. ſervo 65. §. 1. ff. ad Trebell. l. Titia 100. ff. de cond. & dem.* ſive contra Edictum Prætoris, ut conditio jurisjurandi *l. non dubitamus ff. de condit. & dem. l. quæ ſub conditione ff. de condit. inſtit.* ſive ſint conditiones deriſoriæ *l. conditiones contra 14. ff. de cond. inſtit.* Atque hæ conditiones detrahuntur etiam in teſtamento militis *l. ſi à milite 29. §. edictum ff. de teſtam. milit.*

Sed ne quis hac in re decipiatur, animadvertendum eſt, quòd aliquando improbatur à Jure conditio, aliquando ipſa diſ-
36 poſitio. Quoties improbatur ipſa conditio, ea detrahitur, & pro non ſcripta habetur: detractâ autem conditione, ſalva manet diſpoſitio, purgato vitio conditionis, ut in ſuperioribus exemplis. Quoties autem improbatur ipſa diſpoſitio, ea ſit inutilis neceſſe eſt *l. non dubium C. de legib.* Exemplis
37 rem explico. Captatorias diſpoſitiones Senatus improbavit *l. captatorias ff. de hæred. inſt.* & ideò captatoriæ diſpoſitiones non valent *l. captatoriæ 64. ff. de leg. 1. l. captatorias C. de teſtam. milit. l. illa autem §. 1. ff. de hæred. inſt.* Leges improbant ultimam voluntatem in alienum arbitrium expreſſè collatam, quia teſtamentorum jura per ſe firma eſſe debent, non ex alieno arbitrio pendere: & ideò hujuſmodi diſpoſitiones nullæ ſunt *l. ſi quis Sempronium 68. & l. illa inſtitutio ff. de hæred. inſt. l. nonnumquam ff. de cond. & dem.* Ejuſdem generis ſunt perplexæ diſpoſitiones, quæ à Jure improbantur, tamquam inexplicabiles *l. ſi Titius hæres 16. ff. de cond. inſt.*

Non temerè autem hoc à Jure Civili conſtitutum eſt. Ideò enim aliquando improbat, ac rejicit ſolam conditionem, quia vitium eſt in ſolâ conditione: improbat autem, ac rejicit diſpoſitionem, quando vitium eſt in diſpoſitione, quia per conditionem influit in diſpoſitionem. In teſtamentis enim nullam 38
vim habet, quod impoſſibile, ac vitioſum ſcriptum eſt *l. ſi Atavia 45. ff. de hæred. inſtit.* Quapropter ſi vitioſa eſt, & impoſſibilis conditio, ipſa rejicitur, & pro non ſcripta habetur. Si vitioſa eſt, & impoſſibilis diſpoſitio, ipſa reprobanda eſt, ita ut nullam vim habeat. Quocirca non valent diſpoſitiones, tamquam impoſſibiles, de quibus in *l. quidam § Lucio Titio ff. de tritic. vin. & ol. leg.* in *l. cùm ſervus 39. aliàs l. apud Julianum. §. conſtat. l. turpia. in princ. l. ſi quis inquilinos. §. ult. ff. de legat. 1.* Dicam explicatius. In hoc legato: lego Titio centum, *ſi homicidium fecerit*, *ſi juraverit*, *ſi nomen viſpellionis ſibi impoſuerit*: nullum eſt vitium, nulla turpitudo in legato, ſed in ipſa conditione, adeoque legatum ſuſtinetur: rejicitur autem conditio, quæ turpis eſt. Contrà verò, ſi ita legem: lego Titio 39
centum, *ſi me hæredem inſtituerit*: ipſum legatum vitioſum eſt, & turpe, quo Titius allicitur ſpe lucri ad hæredem inſtituendum legatarium. Turpe eſt, quia turpiſſimum eſſe Senatus cenſuit captare, & aucupari alienas ſucceſſiones. Vitioſum eſt, quia adimit liberam teſtandi facultatem. Rurſus, ſi ita legem: lego Titio centum, *ſi Cajus voluerit*: ipſum legatum vitioſum eſt, cùm pendeat à voluntate Caji, nec ſit ipſum per ſe firmum, ut Veteres decreverunt *l. illa inſtitutio 32. ff. de hæred. inſt.* Conditio ipſa per ſe non eſt illicita, inhoneſta, vitioſa *l. ſi quis arbitratu 43. ff. de V. O.* ſed adjecta legato, aut inſtitutioni reddit ipſam vitioſam. Non diſſimile eſt exemplum perplexæ, & inexplicabilis inſtitutionis: *Si Sejus hæres erit, Cajus hæres eſto: ſi Cajus hæres erit, Sejus hæres eſto.* Si per ſe conſiderentur conditiones, non ſunt illicitæ, aut impoſſibiles:

Digitized by Google

ſed ipſa inſtitutio eſt *ἀσύστατος inexplicabilis*; cùm non poſſit Sejus hæres eſſe, niſi prius ſit hæres Cajus, & Cajus hæres eſſe non poſſit, niſi prius ſit hæres Sejus; adeòque neuter hæres eſſe poſſit. Rectiſſimè igitur conſtitutum eſt, non valere inſtitutionem *l. ubi pugnantia ff. de Reg. Jur.* & generaliter, præceptum teſtatoris vel legibus interdictum, vel probroſum, vel impoſſibile non valet *l. un. in fin. C. de his, quæ pœn. nom.*

Sed obſtat difficillimus text. in *l. ſi mihi*
40 12. §. *ſi quis ſervos ff. de leg.* 1. *Si quis ſervos, quos Gadibus haberet, eo teſtamento, quod Romæ moriens fecerit, triduo, quo mortuus fuerit, heredem dare mihi damnaverit: ratum eſſe legatum, & anguſtias temporis nihil legato nocere.* Hujuſmodi legatum eſt impoſſibile: adjectio enim diei reddit impoſſibilem dationem ſervorum, & præceptum teſtatoris §. *loca. in fin. Inſt. tit. de V. O. l. ult.* §. *ſi inter eos ff. de V. O.* & tamen valet legatum detracto die.

Reſpondetur, aliam eſſe rationem diei, aliam conditionis adjectæ. Conditio afficit ipſam diſpoſitionem, ipſam ſubſtantiam legati: cùm ſuſpendat diſpoſitionem ipſam, & obligationem §. *omnis Inſtit. tit. de V. O.*
41 *l. cedere diem ff. de V. S. l. multum* 21. & *l. legata* 41. *ff. de cond. & demonſtr.* & ideò aliquando conditio influit, & infundit vitium in ipſam diſpoſitionem. Contrà dies, ac tempus non afficit ipſam diſpoſitionem, nec differt obligationem, ſed ſolutionem *d.* §. *omnis Inſtit. tit. de V. O. l. centeſimis* 46. *ff. de V. O.* & ideò, qui Stichum promiſit, ſtatim tenetur, licèt Stichus Gadibus ſit, adeòque ſtatim dari non poſſit: hoc enim ad facultatem dandi pertinet, & reſpicit commodum incommodumque perſonæ, non ſubſtantiam obligationis *l. continuus* §. *illud ff. de V. O.* Quocirca triduum adjectum illi legato reddit quidem impoſſibilem ſolutionem legati, non tamen reddit impoſſibile legatum; Nam legatum ſtatim debetur, ſive ſervi legati Romæ ſint, ſive Gadibus *d. l. continuus* §. *illud ff. de V. O.* Solutio autem videtur dilata in tempus, quo ſervi Romam commodè poſſint pervenire *l. interdum* 73. *l. continuus* §. *cùm ita ff. de V. O.* Propterea, qui triduum præſcribit, quo ſervi à Gadibus Romam pervenire non poſſunt, is reddit quidem impoſſibilem ſolutionem; cæterùm obligationi nullum affert impedimentum: quia ea ſtatim nata fuit, ſicut ſtatim nata fuiſſet, ſi tempus illud adjectum non fuiſſet. Ut puta, hæredi confitenti ſe debere ex cauſa legati pecuniam, Prætor debet indulgere modicum tempus ad ſolvendum *l. ſi domus in pecunia ff. de legat.* 1. hujuſmodi tempus indulgendo non tollit, aut mutat naturam obligationis: ſed ſolum differt ſolutionem. Non diſſimile eſt, quod traditur in §. *ult. Inſtit. tit. de inut. ſtipul.* Sola igitur ſolutio impoſſibilis eſt eo modo, quo præcipitur à teſtatore, &, tamquam impoſſibilis, pro non ſcriptâ habetur.

Hinc facilè diſſolvitur nodus, quem à nemine expediri ſcripſit Duarenus. In *l. ſi* 42
quis ita 6. *ff. de cond. inſt.* inſtitutus erat hæres, ſub conditione, ſi in triduo, poſt mortem teſtatoris, ei monumentum feciſſet. Cùm hujuſmodi monumentum in triduo effici non poſſet, reſpondit conditionem evaneſcere, tamquam impoſſibilem. Non detrahitur ibi adjectio temporis, adeo ut hæres cogatur monumentum ædificare intra tempus moderatum, quo commodè poſſit ædificari: ſed evaneſcit ipſa conditio. Ratio eſt in promptu: vitium temporis afficit ipſam conditionem, ipſam monumenti conſtructionem, eamque reddit impoſſibilem, adeòque ipſa conditio, ipſa conſtructio pro non ſcripta habetur; quia id, quod impoſſibile in teſtamentis ſcriptum eſt, nullam vim habet *l. ſi Mævia* 45. *ff. de hæred. inſt.* Quapropter ſi legatum ipſum ſit impoſſibile, aut contra leges, ipſum legatum non valet, & pro non ſcripto habetur. Si ſit impoſſibilis ſolutio, ipſa detrahitur. Si ſit impoſſibilis conditio, ſeu factum in conditione poſitum, ipſa conditio pro non ſcripta habetur.

Neque cuiquam ſcrupulum injiciat, quòd non videatur haberi pro non ſcripta ſolutio, ſed ſolum tempus, quod eam reddit impoſſibilem. Nam hæres licèt non teneatur ſolvere

ſervos in triduo, à die mortis: tenetur tamen eos ſolvere tempore opportuno, quo Romam perduci potuerunt. Facilè reſpondetur. Solutio facienda in triduo, quàm præcipit teſtator, pro non ſcripta habetur, tamquam impoſſibilis. Eâ detractâ ſuccedit neceſſitas ſolvendi ex vi obligationis, cujus ſubſtantia in eo conſiſtit, ut aliquem nobis adſtringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum ſubſtantia ff. de oblig. & act.* Itaque hæres non ſolvit ex præcepto teſtatoris, quod non valet, ſed ex natura obligationis, & ideò tenetur ſolum ad ſolvendum eo tempore, quo id exigit obligatio legati. *§. ult. Inſtit. tit. de inut. ſtipul. §. loca Inſt. tit. de V. O. l. interdum 73. l. continuus §. cùm ita ff. eod.*

Nec obſtat, quòd ſi anguſtia temporis afficeret tantummodò ſolutionem, non obligationem, & ſolutio tantum pro non ſcripta haberetur, anguſtiæ temporis non vitiarent
43 contractus, quod falſum eſt *l. 2. §. qui ita ff. de eo, quod cert. loc. l. quoties 24. ff. de oper. libert. §. loca Inſt. de V. O.*

Nam reſpondetur, eadem de cauſa non valere hujuſmodi ſtipulationes, quâ non valent contractus appoſitâ impoſſibili conditione. Contrahentium enim videtur eſſe talis cogitatio, ut nihil agi exiſtiment appoſitâ conditione, quam ſciant eſſe impoſſibilem *l. non ſolum ff. de oblig. & action.* Id maximè convenit etiam ſuperioribus ſtipulationibus, atque eò magis, quòd nemo ignorare poteſt, impoſſibile eſſe id, quod ſtipulatur. Quamobrem procul dubio nihil agi exiſtimant contrahentes in hac ſtipulatione: *Centum operas pictorias hodiè dare ſpondes?* vel in hâc: *Carthagini hodie dare ſpondes?* Niſi fortè tam ſtipulator, quàm promiſſor anteà mandaſſent, hic, ut hodie ſolveret, ille, ut pecuniam exciperet, quo caſu valeret ſtipulatio *l. ult. §. ſi inter ff. de V. O.*

Verum quòd etiam illæ conditiones, quæ non reddunt impoſſibilem diſpoſitionem, non detrahantur, & pro non ſcriptis habeantur,
44 probari videtur ex *l. ſed ſciendum 7.* & ex *l. facta 63. §. ſi ſub conditione ff. ad S. C. Trebell.*

Sed ibi agitur non de conditione impoſſibili, aut contra leges, aut contra bonos mores: ſed de conditione turpi, quæ neque legibus repugnat, neque bonis moribus: veluti ſi quis hæres inſtituatur ſub conditione, ſi nomen teſtatoris ſibi impoſuerit, cùm teſtator eſſet vilis perſona, ut puta, veſpillo. Veſpillo erat, qui cadavera exportabat. 45
Sueton. *in Domit. c. 17. Cadaver ejus populari ſandapila per veſpillones exportatum.* Martial.

Nuper erat medicus, nunc eſt veſpillo Diaulus.

Has autem perſonas turpes habitas fuiſſe, etiamſi ſervi eſſent, ſatis apparet ex *l. qui decem 72. §. qui hominem ff. de ſolut.* & ex *l. ſi ita quis 31. ff. de evict. on.* Hæc conditio comparatur conditioni difficili: & ſicut difficilis conditio non habetur pro non ſcripta, ut diximus ſuprà, ita & hæc. Nec pugnant verba laudatæ *l. facta §. ſi ſub conditione ff. ad S. C. Trebell.* ibi: *ſed & remitti eam ab initio viſum eſt*: intellige *iniquum*, quod verbis antecedentibus continetur: alioquin ratio ſubjecta pugnaret, nec eſſet his conſentanea. Non cogit quidem prætor eam implere *d. l. §. ſi verò nominis*: hoc enim eſſet iniquum: ſed & iniquum viſum eſt, eam ab initio remittere contra voluntatem teſtatoris, & pro non ſcripta haberi.

CAPUT XXV.

AD L. SI TITIUS, ET SEJUS 9. ff. de V. O.

SUMMARIUM.

1 *Quando exiſtat conditio poſita in non faciendo: & in ſpecie conditio, ſi alteri non dederis. & n. 5. 6.*
2 *Et quando naſcatur actio. & n. 8. 11.*
3 *Quoties actio naſcitura eſt per litis conteſtationem, quandocumque agi poteſt. & n. 8.*
4 *Sine actione nemo poteſt experiri.*
6 *In judiciis æquitatem potius ſequi debemus, quàm jus ſtrictum.*

Digitized by Google

7 *Judicium ſuſtinetur, ſi actio naſcatur inter moras judicii.*
9 *Repugnat æquitati Prætorem denegare judicium ei, cui actio naſcitura eſt in ipſo limine judicii.*
10 *Prætor aliquando denegat actionem habenti: aliquando dat non habenti.*
12 *Particula* quoad *non ſemper continuum tempus demonſtrat.*
13 *Quod tempus comprehendat conditio non faciendi: & differentia inter contractus, & ultimas voluntates.*
14 *Hac in re ſpectanda voluntas contrahentium.*
15 *Conditio*, ſi illi non ſolveris, *quid contineat?*
16 *Stipulatio disjunctiva qua in re differat à conditionali.*
17 *Quantum differat disjunctio rerum à disjunctione perſonarum? ſed vide n. ſeq.*
19 *Si exprimatur conditio, quæ tacitè ineſt, non fit actus conditionalis.*
20 *Conditio, quæ tacitè ineſt, impedit actionem. ſed vide n. 21.*
21 *Supervacuum eſt adjicere, quod tacitè ineſt.*
22 *Quando ſecus: & quando expreſſa faciant actum conditionalem, licet tacitè inſint. Conditiones dandi, ſolvendi, & ſimiles perſonæ, cohærent.*
23 *Verba conditionis non faciunt conditionem, ſi alia mente prolata fuerint & n. 25.*
24 *Poſſunt conſtitui duo rei etiam per ſtipulationes ſeparatas & n. 25.*
25 *Quæ propria ſint duorum reorum.*

NEſcio quo fato ſactum fuerit, ut in hac lege interpretanda fuerint adeo diſcordes Interpretum noſtrorum opiniones, ut nemo ferè alterius interpretationem omninò probarit. Omnium hæc potiſſima cura fuiſſe videtur, ut alios reprehenderent. Apud recentiores malè audit Accurſius noſter, cujus interpretationem neque ridiculam, neque abſurdam puto. Itaque civis mei ſententiam tuebor, quam & Bartolus planè non improbavit.

Titius ſtipulatus fuit à Sempronio fundum ſub conditione, *ſi Sejo non dediſſet*. Sejus eumdem fundum ſeparatim ſtipulatus eſt ab eodem Sempronio ſub conditione, *ſi Titio non dediſſet*. Utrique idem fundus debetur tàm Titio, quàm Sejo. Utrique debetur ſub conditione poſita in non faciendo; nempè, *ſi alteri datus non fuerit*. Ex ſtipulatione conditionali neque obligatio, neque actio naſcitur ante eventum conditionis *l. cedere diem ff. de V. S. §. ſub conditione Inſt. tit. de V. O.* In propoſita ſtipulatione quæritur, quando exiſtat conditio: quando naſcatur actio. Quoad conditionem J. C. reſpondit, eam impleri per litis conteſtationem, ibi: *finem dandi alteri fore quoad judicium acciperetur.* 1
Si poſt judicium acceptum cum Titio non poteſt Sempronius promiſſor amplius Sejo dare: ergò extitit conditio adjecta ſtipulationi Titii: *ſi Sejo non dederis.* Etenim conditiones in non faciendo poſitæ, tunc exiſtunt, cùm amplius fieri non poteſt, quod in conditione poſitum eſt *l. ita ſtipulatus* 115. *ff. de V.O.*

Quoad actionem verò reſpondit, eam quandocumque dari; ibi: *& ideò occupantis fore actionem.* Eſt hoc planè abſurdum: actionem naſci ante eventum conditionis. Et 2
eò magis videtur abſurda ſententia Juriſconſulti, quia ex eo, quòd conditio exiſtat per litis conteſtationem; deducit occupantis fore actionem: quaſi dixerit; ideò datur actio occupanti, quia actio nondum nata eſt, ſed eſt naſcitura. Pugnant hæc inter ſe.

Accurſii interpretatio maximè convenit ſententiæ Juriſconſulti. Ait enim, ideò actionem dari, non quia naſcitura eſt quandocumque, hoc enim eſſet abſurdum, ſed quia naſcitura eſt in ipſa litis conteſtatione, hoc eſt, in ipſo limine judicii: ita ut nullum periculum immineat, ne ille ſine actione 3
egiſſe videatur. Non eſt hæc conditio ſimilis aliis conditionibus. In illis judicium ſuſcipi non poteſt, nec poteſt concedi actio ne judicium ſit irritum, & ſine actione ſuſcipiatur. In hac conditione datur actio, quia judicium irritum eſſe non poteſt, quaſi cœptum ſine actione; quia ſimul ac judicium ſuſcipietur, neceſſario exiſtet conditio, & actio naſcetur. Hinc rectè ſtatuit Bartolus, quòd agi poteſt, quoties actio naſcitura eſt in ipſa litis conteſtatione.

Sed hæc ſententia incurrit in reprehenſionem doctiſſimorum Virorum. Duo autem ſunt, quæ opponunt. Primum, quod ante 4
eventum conditionis non naſcitur obligatio, non naſcitur actio, ut diximus: ſine actione autem nemo poteſt experiri *l. ſi pupilli. in*

ſta. ff. de negot. geſt. l. quoties 9. §. *& generaliter ff. de admin. tut.* Idcircò quamdiu debitor poteſt alteri fundum dare, non poteſt à creditore conveniri : quare non poterit creditor cum eo litem conteſtari, & efficere, ut conditio exiſtat.

Alterum, quod conditio poſita in non faciendo per litis conteſtationem non impletur, ſed tunc exiſtit cùm amplius fieri non poteſt, quod in conditione ponitur *l. ita ſtipulatus*
5 115. §. 1. *&* 2. *ff. de V. O.* Utrumque igitur falſum eſt ; & quòd conditio impleatur per litis conteſtationem : & quòd dari debeat actio, cùm in litis conteſtatione conditio eſt extitura. De utroque accuratè diſſerendum, ac demonſtrandum Juri noſtro neutrum repugnare.

Ac ſi ſtrictum Jus ſequi velimus, & malitiis hominum indulgere, actio danda non erit : Si verò id, quod æquitas ſuggerit, nullâ ratione poterit denegari. At in judiciis, æquitatis potiùs habenda ratio, quàm ſtricti Juris *l. placuit* 8. *C. de judic.* nec malitiis hominum eſt indulgendum *l. in fundo* 38. *ff.*
6 *de rei vind.* ac ſemper cavendum, ne ſub auctoritate Juris ſcientiæ perniciosè erremus *l. ſi ſervum* 91. §. *ſequitur ff. de V. O.* Qui nondum creditor eſt, agere non poteſt : ſed tamen ſi egerit, & pendente judicio creditor eſſe cœperit, judicium ſuſtinebitur *l. ſi*
7 *mandavero* 17. *ff. mand.* Si ſtrictum Jus ſequi velimus, nihil valebit eorum, quæ acta ſunt ab eo, qui actionem non habebat. Creditor quoque conditionalis ſi egerit in judicio ante conditionis eventum, nihil agit, nondum enim ipſi competit actio ; ſed tamen ſi pendente judicio exiſtat conditio, reus eſt condemnandus, perindè ac ſi actionem initio habuiſſet, & judicium rectè fuiſſet inſtitutum. *l. ſi rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignor. act.* Si judicium ſuſtinetur conditione exiſtente poſt cœptum judicium, quantò magis ſuſtineri debet quando conditio extitura eſt, & actio naſcitura eodem momento, quo incipit judicium ?

At enim Prætor actionem dare non debet : Neque enim dare debet actionem cuiquam, qui eam non habet : nec habet actionem creditor pendente conditione. Sed quo jure, quave æquitate Prætor actionem denegabit ? Utrumne quia repugnat voluntas contrahentium ? At hanc non repugnare deinceps oſtendemus. Nec Prætor denegando judicium impedimento eſſe debet, ne conditio exiſtat, quæ in conteſtatione litis eſt extitura. An 8
verò eam denegare debet, ne judicium ſit irritum ? At ne hoc quidem poteſt evenire, cùm certum ſit non ante futurum, ut judicium incipiat, quam ut actio naſcatur. Imò actio ipſa præcedet judicium non tempore, ſed naturâ, quemadmodum cauſa ſuum effectum. Ut enim Sol non præcedit lucem tempore, ſed naturâ : ſic actio illa licet naſcatur ſimul cum judicio, naturâ tamen judicium præcedere poteſt, & efficere ut à ſe ipſa pendeat, ac promanet judicium. Actio eſt jus perſequendi in judicio §. 1. *Inſtit. tit. de action. l. nihil aliud ff. de oblig. & action.* Quid igitur cauſæ eſt, cur exigamus actionem natam eſſe ante judicium ? An non ſatis eſt eam naſci tunc, cùm judicium accipitur, cùm ea omnes vires, omnem poteſtatem exerat in ipſo judicio, & ſine judicio ſit inutilis, & infructuoſa ?

At enim Prætor dare non debet actionem, quæ nondum competit, nec permittere, judicio agat is, qui actionem non habeat. Veriſſimè id quidem diceretur, ſi permitteret cuiquam actionem exercere, antequam ea naſcatur. Sed in caſu noſtro cùm Prætor petenti creditori judicium dat, non dat facultatem exercendæ actionis, antequam ea naſcitura ſit : exercetur enim actio in judicio *d. l. nihil aliud ff. de oblig.* & ſimul cum judi- 9
cio naſcetur actio, ac proindè non exercebitur antequam naſcatur. Repugnat quemquam exercere actionem quam non habet : non repugnat judicium à Prætore dari actionem omninò habituro, ſtatim ac erit exercenda. Illud verò maximè repugnaret æquitati prætoriæ, ſi Prætor impediret quominus naſceretur actio ; conditio exiſteret ; ſtipulator conſequi poſſet id, quod ſibi promiſſum fuit.

Atque hæc certiſſima erunt conſideranti hanc dandæ denegandæque actionis ſubtili-

tatem æquitate prætoriâ temperari. Itaque 10 Prætor aliquando actionem habenti debet denegare, ut in *l. ſi debitor* 30. *ff. de ſolut. l.* 1. §. *in operis. l. & ſi ſatisdationem ff. de oper. nov. nunciat. l. nihil intereſt* 50. §. *ſed numquid ff. de bon. libert. l.* 1. §. *idem ff. de dol. mal. l. patri* 27. §. 1. *ff de minor*. Aliquando contrà datur actio ei, qui vel ſummo jure eam non habet adverſus eum, qui convenitur, ut in *l. dominus* 53. *ff. de condict. ind.* in *l. ſi abſentis C. ſi certum pet.* vel datur ante tempus, ut in *l. ſi indebitum ff. rem rat. haber. l. in lege ff. ad Leg. Aquil. l. quidam.* 32. §. 1. *ff. de furt. l. quæſitum ff. de pignor.* Quantò magis actionem daturus eſt Prætor in caſu noſtro, in quo nullum imminet periculum ne actio exerceatur antequam competat, antequam naſcatur *l. aliquando* 13. §. *ult. ff. ad S. C. Vellejan.* ibi : *Quo enim bono expectare conditionem, cùm in ea cauſa ſit debitor ut omnimodò excipere debeat actionem.* Prætor enim cùm petentibus actionem concedebat, nihil aliud tribuebat, quàm agendi poteſtatem. Cic. *de invent. lib.* 2. *Quare in jure plerumque verſantur : ibi enim & exceptiones poſtulantur ; & quodammodo agendi poteſtas datur, & omnis conceptio privatorum judiciorum conſtituitur.* Quidni verò det agendi poteſtatem ei, cui naſcitura eſt actio, ſimul ac eam in judicio cœperit exercere ? Eſſet hoc malitiis hominum indulgere.

Res igitur eò redit, ut nihil abſurdi ſit in hac ſententia, atque interpretatione, ſiquidem verum ſit, conditionem exiſtere per litis conteſtationem, ſeu cùm judicium accipitur, eodemque tempore actionem naſci. Sed in hoc non eſt cur Accurſium reprehendant. Diſertè id traditum in noſtra lege : *finem dandi alteri fore, quoad judicium acciperetur.* 11 Si hic eſt finis dandi alteri, ergò exiſtit conditio : ſi exiſtit conditio, ergò naſcitur actio *l. ita ſtipulatus* 115. §. 1. & 2. *ff. de V. O.* Itaque non poteſt reprehendi Accurſius, quin reprehendatur Pomponius Auctor legis. Explicandum tamen eſt, quî fiat, ut actio naſcatur in litis conteſtatione, & poſt judicium acceptum alteri amplius dari non poſſit. Sed anteà evellendus eſt ſcrupulus, qui Donellum malè habuit, in quem, tamquam in ſcopulum, Vir doctiſſimus impegit. Hunc ut prætervehatur, putat expungendam particulam *quoad*, & reponendam particulam *cùm*. Sed non eſt cur de hoc 12 laboremus. Non ſemper particula *quoad* continuum tempus demonſtrat, protractum uſque ad aliquem terminum : aliquando enim ſignificat extremitatem temporis. Cæſar *lib.* 5. *de Bell. Gallic. Neque finem inſequendi fecerunt, quoad ſubſidio confiſi equites præcipites hoſtes egerunt.* Terent. *in Phorm. act.* 1. *ſcen.* 2. *in fin.*

D. quid? ſenem

Quoad expectatis veſtrum ? G. non certum ſcio, ſed epiſtolam ab eo allatam audivi modò.

Sed hæc obiter. Ad rem veniamus : Conditio in non faciendo concepta, ambigua eſt; poteſt enim & comprehendere totum tempus, quo fieri poteſt ; & poteſt comprehendere ſolummodò primum illud tempus, quo 13 fieri potuit, aut debuit *l. quicquid aſtringendæ* §. *ult. ff. de V. O.* Itaque in libertate data ſub conditione, *ſi in Capitolium non adſcenderis* ; conditio exiſtit, ſi ſervus cùm primum potuit aſcendere, non aſcendit *l. libertas* 17. §. 1. *ff. de manum. teſtam.* In legatis autem, & hæreditatibus cautione Mutianâ occurritur, quâ præſtitâ legatum, hæreditatemque conſequimur, perindè ac ſi conditio extitiſſet *l. Mutiana* 7. *ff. de condit. & demonſtr.* In contractibus tamen placuit ultimum tempus expectari, quo non poſſit amplius fieri, quod per conditionem vetitum fuit *l. ita ſtipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* ſed tamen & in his fuit inter Veteres controverſia : nam Sabinus ex Mutii Scævolæ ſententia putabat tamdiu ſolum pendere conditionem, quamdiu per promiſſorem non ſtetit quominus daret, & cùm primum dare potuit, & non dedit, ſtatim agi poſſe : atque ita ſtatuendum tùm ex voluntate contrahentium, tùm ex natura rei *d. l. ita ſtipulatus* §. *item ſi ff. de V. O.*

Digitized by Google

Quamobrem in hujuſmodi ſtipulationibus expendendum eſt, quid actum ſit inter contrahentes: verba enim conditionis in utramque partem accipi poſſunt, & in conditionibus maximè voluntas ſpectanda eſt *l. pater Severinam. in princ. & in §. conditionum. l. in conditionibus ff. de condit. & demonſtr.* Quo
14 fit, ut conditio illa: *ſi non ſolverit*, non infinitum tempus comprehendat, ſed referatur ad primum quodque tempus, ex veriſimili mente contrahentium, quos probabile non eſt tamdiù voluiſſe ſolutionem expectare, donec amplius ſolvi non poſſit, donec ille moriatur. Julianus in *l. fidejuſſor 16. §. ult. ff. de fidejuſſ. Cùm fidejuſſor hoc modo acceptus eſſet, ſi reus non ſolverit, fide tuâ eſſe jubes? veriſimile eſt, id actum, ut cùm appellatus reus non ſolviſſet, fidejuſſor teneretur.*

His poſitis conſtat, cur in caſu noſtro conditio illa: *ſi Titio non ſolveris: ſi Sejo non ſolveris*, contineat ſolummodò tempus uſque ad
15 litem conteſtatam. Nimirum, contrahentes adjectione hujus conditionis noluerunt differre ſolutionem in tempus mortis alterius ſtipulantis: ſed voluerunt tribuere facultatem debitori ſolvendi alterum, cui libuerit. Quid enim intereſt, dicat quis: *ſi Titio non ſolveris, mihi dare ſpondes?* an ita: *mihi, aut Titio dare ſpondes?* Utroque caſu ea mente ſtipulatur, ut tribuat facultatem debitori, & electionem utri velit ſolvere *l. 3. ff. qui, & à quib. manum.* At cùm tribuitur debitori facultas, & electio ſolvendi, hæc terminatur, & expirat per litis conteſtationem *l. ſi quis ſtipulatus fuerit decem 57. §. 1. ff. de ſolut. l. fidejuſſor. 16. in princ. ff. de fidejuſſ.*

Sed opponi poteſt, quòd qui disjunctim ſtipulatur, non eſt ſimilis ei, qui ſtipulatur ſub conditione. Nam ſi quis ſtipuletur Stichum, aut decem, ſtatim agere poteſt, & petere debet Stichum, aut decem disjunc-
16 tim, ſicut ſtipulatus eſt, non verò alterum tantum petere poteſt *§. ſi quis agens 33. verſic. huic autem proximus Inſtit. tit. de action.* At qui ſtipulatur ſub conditione, hoc modo: *ſi Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* nec ſtatim petere poteſt, nec poteſt petere Stichum *l. ita ſtipulatus 115. §. ult. ff. de V. O. l. 1. §. item ſi ita. verſic. idemque ff. ad L. Falcid. l. obligationum ferè §. ſi ita ff. de oblig. & act. l. duo ſocietatem. in princ. ff. pro ſoc.* Ergò ſtipulatio disjunctiva differt à conditionali.

Reſpondeo, non poſſe duci argumentum à rebus ad perſonas. Cùm duas res disjunctim ſtipulamur, Stichum, aut decem, utraque res ponitur ad obligationem *l. ſi duo 128. ff. de V. O.* Cùm verò ſtipulamur ſub 17
conditione, *ſi Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* ſola decem ſunt in obligatione; Stichus autem eſt ſolummodò in ſolutione *l. obligationum ferè § ſi ita ff. de oblig. & action. l. 1. §. item ſi ita. in fin. ff. ad Leg. Falc.* Itaque ſimiles eſſe non poſſunt illæ duæ ſtipulationes, nec eamdem vim habere. Non ita ſe res habet in perſonis. In utraque enim ſtipulatione perſona adjicitur ſolutionis causâ. Si ſtipulor hoc modo; *ſi Sejo non dederis, mihi dare ſpondes?* tu mihi ſoli obligaris: Sejo ſolvere potes etiam me invito, eique ſolvendo à me liberaris. Item ſi ſtipulor: *mihi, aut Sejo dari*: ſoli mihi obligaris, Sejo autem ſolvere potes etiam me invito, eique ſolvendo à me liberaris *§. ſi quis alii Inſtit. tit. de inutil. ſtipul. l. ſed et ſi 7. §. ult. ff. de conſtit. pecun. l. eum qui 56. §. qui ſibi ff. de V. O. l. Stichum 95. §. quæſitum ff. de ſolution.* Itaque in utraque ſtipulatione ideò adjicitur perſona Seji, ut ei ſolvi poſſit, in neutra autem ſtipulatione perſona Seji ponitur ad obligationem, ſed ut debitori detur electio, & facultas ſolvendi Sejo, quæ extinguitur per litis conteſtationem. Igitur ex mente contrahentium conditio illa per litis conteſtationem impletur: pendet enim conditio quamdiu durat in debitore facultas eligendi.

Imò ſi rem paulò accuratius, ac ſubtilius expendamus, in ſtipulationibus propoſitis in *l. ſi Titius ff. de V. O.* non ſolum ex mente contrahentium, ſed etiam ex Juris noſtri regulis, dicendum eſt, conditionem per litis conteſtationem impleri. Animadvertendum 18
enim eſt, quòd etiam in rebus, quando res, quæ ponitur in conditione, poſita eſt etiam in obligatione, ſtatim agi poteſt. Si quis ita ſtipuletur;

ſtipuletur: *penum dabis, & ſi penum non dederis, decem dabis?* In hâc ſtipulatione penus non ſolum poſita eſt in conditione, ſed etiam deducta in ſtipulationem, & obligationem. In hac ſtipulatione ſi per promiſſorem ſteterit, quominus penum daret, ſtatim agi poteſt ad decem *l. ita ſtipulatus 115. §. ult. ff. de V. O. l. 1. §. item ſi ff. ad Leg. Falcid.* & conditio hæc poſt motam litem exiſtit *l. nuda C. de contr. ſtipul.* Non aliter in caſu noſtro, in quo propter duplicem ſtipulationem Titii, & Seji, utrique debitor eſt obligatus, & ſtatim agi poteſt, & per litis conteſtationem conditio impletur. Non ſolum enim Sejus ponitur in conditione, & ponitur ad ſolutionem: ſed etiam ponitur in ſtipulatione, & obligatione. Nec ſolum Sejo ſolvi poteſt, ſed etiam Sejus fundum deduxit in ſtipulationem. Sicut igitur in ſuperiori ſtipulatione, in qua non ſolum res poſita eſt ad ſolutionem, ſed etiam deducta in ſtipulationem, conditio poſt motam litem exiſtit: ita & in caſu noſtro.

Defenſa Accurſii interpretatione, quid ſentiam de interpretatione Petri de Bellapertica paucis aperiam. Exiſtimavit ille ſtatim
19 agi poſſe ex his ſtipulationibus, quia non ſunt conditionales: idcircò autem conditionales non ſunt, quia contrahentes expreſſerunt conditionem, quæ tacitè inerat. Quoties autem exprimitur conditio, quæ tacitè ineſt, non fit actus conditionalis *l. 3. ff. de legat. 1. l. in conditionibus 19. §. 1. l. aliquando 107. ff. de cond. & demonſtr.* Enimverò in his ſtipulationibus videtur expreſſa conditio, quæ tacitè ineſt: cùm enim id actum eſſet inter contrahentes, ut eſſent duo rei credendi; ſemper in duobus reis ineſt tacitè ex natura actûs conditio illa, *ſi alteri non ſolverit*: nam alteri ſolvendo ab altero etiam liberatur *§. 1. Inſt. tit. de duobus reis.* Et hæc facultas alteri ſolvendi durat uſque ad litem conteſtatam *l. 2. l. ex duobus ff. de duobus reis.* Et hanc interpretationem probat ſubtiliſſimus Bartolomeus Cheſius *lib. 2. Interp. cap. 24.*

Sed opponit Bartolus, conditionem, quæ tacitè ineſt, impedire actionem *l. item quia §. hujus rei ff. de pact.* Quid reſponderit Cheſius, non ſatis intelligo. Nam *l. ſi dies §. ult. ff. quan. dies leg. ced.* probat potius ſententiam Bartoli, quia licet legatum illud condi- 20
tionale non ſit, tamen peti non poteſt ante exiſtentem conditionem, & ante aditam hæreditatem. *l. heredis aditio ff. eod.* Igitur & in caſu noſtro licet ſtipulatio non ſit verè conditionalis, tamen actio erit differenda quamdiù alteri ſolvi poteſt, nec ſufficiet natam eſſe obligationem *l. cùm illud 25. §. 1. ff. quan. dies leg.*

Putarem igitur reſponderi poſſe, diſtinguendum eſſe. Aut exprimitur id, quod etſi non exprimeretur, tamen differret actionem, quamvis tacitè ineſſet: & tunc expreſſum differt actionem, ſicut eam differt, cùm tacitè ineſt: ut in laudatis legibus. Neque enim expreſſum minorem vim habere debet, quàm haberet tacitum. Aut exprimitur id, 21
quod non differebat actionem, cùm tacitè inerat: & tunc neque expreſſum differt. Et ratio eſt, quia expreſſum nihil operatur, cùm ſupervacuum ſit adjicere id, quod ineſt etiamſi non adjiciatur *l. Cornelius 69. ff. de hæred. inſtit. l. ſi in diem 46. l. ſervo ff. de cond. & demonſtr.* In caſu noſtro quilibet ex duobus reis ſtatim agere poteſt, licet debitor poſſit alteri ſolvere; & ideò cùm non differat actionem id, quod tacitè ineſt, nec expreſſum eam differre debet.

Ego potius opponerem, quod hujuſmodi conditiones *dandi, ſolvendi, & ſimiles*, ſi exprimantur, perſonæ cohærent *l. qui hæredi. in princ. & in §. ſeqq. l. ſi ita expreſſum ff. de cond. & demonſtr.* Et ideò aliam vim habent expreſſæ, aliam tacitæ *l. eum qui certarum 138. §. 1. ff. de V. O. l. ſi ita legatum 65. §. 1. ff. de leg. 1.* & ideò licet tacitæ non faciant 22
actum conditionalem, tamen conditionalem faciunt, ſi exprimantur *l. ſi ita expreſſum ff. de cond. & dem. l. ſi ita legatum 65. § 1. ff. de leg. 1.* Neque enim poterit dare ejus hæredi, neque domino, aut ſervo *l. ſub diverſis. in fin. l. qui hæredi ff. de cond. & dem.* Quo fit, ut actus ſit conditionalis *d. l. ſub diverſis.*

Crediderim tamen alia ratione tentari poſſe eas ſtipulationes non eſſe conditiona-

Digitized by Google

les: non quia fuerit expreſſa conditio, quæ tacitè inerat. Nam ut dixi, quando conditio expreſſa non habet eamdem vim, ac tacita, facit actum conditionalem; ſed ex mente contrahentium. Tametſi quis protu-
23 lerit verba conditionis, ea non faciunt conditionem, ſi alia mente protulit *l. muto ff. de tutel. l. avia 77. §. ult. ff. de cond. & dem.* In caſu noſtro contrahentes adjecerunt illa verba: *ſi alteri non dederis*: non animo adjiciendæ conditionis, ſed ut oſtenderent, ſe conſtituere velle duos reos credendi. Poſſunt duo rei conſtitui etiam per ſtipulationes ſeparatim: ſed ita demum, ſi hoc actum ſit,
24 ut duo rei conſtituantur *l. 3. ff. de duob. reis.* In noſtra proponuntur duo ſeparatim ſtipulati: ſi ſimpliciter ſtipulati eſſent ſine aliqua adjectione, non eſſent duo rei ſtipulandi *l. reos §. 1. ff. de duob. reis. princ. Inſtit. tit. de duob. reis. verſ. nam ſi.* Itaque exprimendum erat aliquid, quo conſtaret id inter eos actum fuiſſe, ut duo rei conſtituerentur. Quare contrahentes expreſſerunt ea, quæ propria
25 ſunt duorum reorum. Ea duo ſunt: ut debitor utrique in ſolidum teneatur *§. 1. Inſtit. de duob. reis. l. 2. ff. eod.* & ut debitor uni ſolvens ab utroque liberetur *d. §. 1. & d. l. 2.* Hæc autem duo expreſſerunt, reciprocâ illâ conditione: *ſi alteri non dederis*: quam adjecerunt, non ut ſuſpenderent obligationem, & actionem; ſed ut admonerent debitorem eum ita utrique in ſolidum teneri, ut tamen una ſolutione poſſet ab utroque liberari, argumento text. in *l. muto ff. de tutel.* ibi: *Non conditionem in ſe habere, ſed admonitionem, non aliter ei tutelam committi, quam ſi ſatis dederit.* Si ſimul ſtipulati fuiſſent, utique eſſent duo rei, & juxta naturam duorum reorum ſine alia adjectione debitor alteri ſolvere teneretur, ſi alteri non ſolviſſet. Cùm autem ſeparatim ſtipulati eſſent, non poterat conſtare an eſſent duo rei, niſi hoc, aut ſimili modo voluntatem ſuam declaraſſent. Itaque hæc declaratio ex eorum mente habet vim conſtituendi duos reos, non inducendæ conditionis. Vide text. in *l. cùm ita legatur 9. ff. de opt. leg.* ubi ſimilis conditio reſolvitur in alternativam. In caſu noſtro cùm uterque ſit ſtipulatus, & quidem ſeparatim, utrique promiſſor eſt obligatus, ut fit in duobus reis: & conditio quoad ſolutionem, reſolvitur in alternativam: hoc eſt, uni, cuicumque velet, ſolvendo liberatur ab altero.

CAPUT XXVI.

AD L. CUM DUOBUS 52. §. *damna ff. pro ſocio.*

SUMMARIUM.

1 *Caſus fortuitus quomodo appelletur in Jure.*
2 *Ejus deſcriptiones.*
3 *Quid ſit in* prudentibus accidere, *& quid ſignificet*, imprudens.
4 *Explicatur Virgilii locus.*
5 *Factum Principis eſt caſus fortuitus.*
6 *Quid ſit caſus fortuitus. & n. 16.*
7 *Exponitur* l. quæ fortuitis C. de pign. act. *& quid ſit caſus fortuitos prævidere non poſſe. & n. 16.*
8 *Naufragium, & Piratarum incurſus, ſunt caſus fortuiti: & quare.*
9 *Ruinæ, & incendia licet Romæ frequentiſſima, ſunt caſus fortuiti.*
10 *Mortes animalium, & fuga ſervorum, caſus fortuiti.*
11 *Item grandines, aquarum magnitudines, fluminum inundationes, uredines, graculi, ſturni.*
12 *Item debitoris decoctio.*
13 *Quæ ſint propria caſus fortuiti.*
14 *Rapina eſt caſus fortuitus, non furtum, & quare.*
15 *Quid ſit* providere, *ad explicationem* l. 2. §. ſi eo tempore ff. de adm. rer. ad civ. pertin
17 *Caſus fortuiti alii ſoliti, alii inſoliti. Defenditur latè hæc DD. diſtinctio. & nn. ſeqq.*
18 *Chaſma, labes, frigus immoderatum, ſunt caſus inopinati.*
20 *Opera Naturæ non ſunt caſus fortuiti, niſi ſint præter conſuetudinem, & immoderata: ut frigus, æſtus, pluviæ, venti.*

CAſus fortuitus appellatur vis major, vis divina, fatum, damnum fatale, detrimentum fatale, fatalitas, *l. ſi merces 25. §. vis major. l. ſi fundus 32 in fin. ff. locat. l.* 1
verum 11. §. ſi locupleti ff. de minor. l. ſi ut certo §. quod verò ff. commod. l. 1. §. & ille quidem ff. de oblig. & act. l. fluminum 24 §. Servius ff. de damn. infect. l. 3. §. 1. ff. nautæ, caupon. ſtabul. l. 3. ff. de inſtr.

vel inſtrum. leg. l. 1. *C. de jure emphyteut l.*
2 *cum duobus §. damna ff. pro ſoc.* Ipſum autem his deſcriptionibus Veteres explicarunt: *Qui prævideri non potuit: quem nullum humanum conſilium providere poteſt; l. quæ fortuitis C. de pignorat. act. l.* 2. *§ ſi eo tempore ff. de admin. rer. ad civitat. pertin.* His tamen non videtur eſſe conſentanea Ulpiani deſcriptio in *l. cum duobus § damna ff. pro ſoc. Damna, quæ imprudentibus accidunt, hoc eſt, damna fatalia.*

Emendat hanc legem Hotomannus *obſerv. lib.* 4. *cap.* 16. *damna, quæ prudentibus accidunt.* Enimverò Latini ſermonis elegantiam
3 Ulpiano videtur invidiſſe. Damna, quæ imprudentibus accidunt, ſunt damna, quæ nobis nihil tale cogitantibus accidunt, quia accidunt præter opinionem, atque expectationem, quia provideri, ac præcaveri non poſſunt. Imprudens enim ſæpenumerò dicitur, non qui imprudentiæ, & oſcitantiæ vitio laborat, ſed inſciens, & ignarus; qui etiam ſine ulla culpa, vel factum præteritum ignorat, vel futurum non providet. Facta etiam prudentiſſimos fallunt *l.* 2. *ff. de Jur. & facti ignor.* Futura autem nemo omnia poteſt providere: niſi Homericus ille vates,

Οἳ ᾔδη τά τ' ἐόντα, τά τ' ἐσσόμενα πρό τ' ἐόντα.

Nemo tam prudens eſt, cui non aliquid accidat præter opinionem. Hic autem in re, quæ præter opinionem, expectationemque accidit, imprudens dicitur, quia id non providit, non quia imprudenter, aut oſcitanter ſe geſſerit: nimirum eo verbo factum potius demonſtramus, quàm animi vitium. Rectè Terentius *in Adelphis act.* 5. *ſc.* 4. *Numquam ita quiſquam benè ſubductâ ratione ad vitam fuit; quin res, ætas, uſus aliquid apportet novi, aliquid moneat.* Et in hac ſignificatione paſſim uſurpatur hoc verbum tùm à Veteribus Juriſconſultis, tùm à Latinis Scriptoribus. A Juriſconſultis in *l. cùm ab eo §. ult. ff. de contr. empt. in. l. in his rebus §. mulier ff. ſolut. matrim.* ibi: *Sive prudens mulier plus eſſet ſtipulata, ſive imprudens. l. ſi ſervus* 24. *§. ſervum ff. de action. empt. l. atqui* 19. *ff. de negot. geſt. l. cùm fundus* 31. *§. ſervum ff. de reb. credit. l. in fundo* 38. *in princ. ff. de rei vindic.* A Veteribus Scriptoribus, ut à Cicer. *pro Roſcio Amer. Hæc omnia, Judices, imprudente L. Sylla facta eſſe certo ſcio.* Terent. *in Hecyr. Plus hodie boni feci imprudens, quàm ſciens ante hunc diem umquam.* & in *Andr. act.* 1. *ſc.* 3. *in fine. At ego hinc me ad forum, ut conveniam Pamphilum, ne de hac re pater imprudentem opprimat.* Cic. pro Sextio, à quo Conſul dicitur *imprudens impendentium malorum.*

Virgil. *Georg. lib.* 1.

— *Numquam imprudentibus imber* 4
Obfuit.

Miror in hujus carminis interpretatione hærere doctiſſimos. Hoc nimirum voluit demonſtrare Virgilius, tot, ac tam manifeſta eſſe ſigna imbris impendentis, ut à quolibet præviderì poſſit: & quamvis noceat agricolis, quia declinari non poteſt, non tamen nocet iis imprudentibus, ſed prævidentibus. Hotomannus tentat emendare duobus modis hunc locum: *numquam prudentibus.* Sed hæc emendatio falſam ſententiam affingit Virgilio: nam tempeſtas, & imber nocet etiam prudentibus: eſt enim vis major, cui reſiſti non poteſt. Vel putat corrigendum, *affuit.* Sed hoc multò languidius eſt, & à Virgiliana majeſtate alienum. Poſt illos verſus:

At Boreæ de parte trucis cùm fulminat: & cùm
Eurique, Zephyrique tonat domus: omnia plenis
Rura natant foſſis, atque omnis navita ponto
Humida vela legit:

Quàm languidè ſubjicitur: *imber affuit?* *Obfuit* plenius eſt, & vehementius: & explicatius deſcribit vim imbris, qui nocet etiamſi prævideatur. Et ſane imber ille, quem verſibus præcedentibus deſcribit, non adeſt, ſed obeſt. Idem Virgil. 2. *Georg.*

— *Nec metuit ſurgentes pampinus Auſtros,*
Aut actum cœlo magnis Aquilonibus imbrem.

Sed ad rem redeamus. Sunt igitur damna fatalia, quæ imprudentibus accidunt: accidunt enim præter opinionem, atque expectationem noſtram nobis non providentibus; quia provideri humano conſilio non poſſunt *l. 2. §. ſi eo tempore ff. de admin. rer. ad civit. pertin. l. quæ fortuitis C. de pignor. act.*

Cavendum tamen eſt, ne nobis imponat perverſa harum legum interpretatio, quæ in errorem induxit quoſdam primæ claſſis Pragmaticos, qui primas in foro tenuerunt. Exiſtimant illi nullum eſſe caſum fortuitum,
5 niſi qui ſit omninò inſolitus, & inopinatus. Itaque licet factum Principis referatur inter caſus fortuitos, quia ei reſiſti non poteſt *l. ſi fundus 33. ff. loc.* ſi à Principe minuantur reditus locorum, montium, id inter caſus fortuitos non putant eſſe recenſendum, quia poterat prævideri Principem poſſe illos reditus minuere.

Ut evellamus hunc errorem, luculentius exponendæ ſunt ſuperiores leges; & natura
6 caſûs fortuiti accuratius explicanda. Caſus fortuitus eſt, cui humana infirmitas reſiſtere non poteſt *l. 1. §. & ille quidem ff. de oblig. & act. l. ex conducto §. ſi vis ff. locat. l. in rebus. in princ. ff. commod. l. in judicio 28. C. de locato.* & ideò vis major, vis divina, fatum appellatur, ut initio diximus. Quocircà etiamſi prævideatur, tamen declinari non poteſt; ut imber ille Virgilianus, qui nocet, etiamſi eum manifeſta ſigna præceſſerint ſignificantia futurum imbrem. Eſt quidem incertus caſus fortuitus, cùm à fortuna, fatoque pendeat: & ideò rectè dictum eſt, ea quæ fortuitis caſibus accidunt, prævideri non poſſe in *l. quæ fortuitis C. de pignor. act.*
7 Hoc tamen non ita accipiendum eſt, quòd nemo poſſit prævidere, generatim accidere poſſe aliquem caſum fortuitum. Nemo quidem divinare, ac præſciſcere poteſt an ſit eventurus, an non, aliquis caſus fortuitus ac proindè non poteſt culpæ cujuſquam adſcribi, quòd non præcaverit caſum, quem ignorabat exiturum. Nemo tamen ignorat fieri poſſe, ut caſus aliquis accidat: impendent enim ſemper mille caſus nobis occulti, qui etſi à nobis non prævideantur, ſcimus tamen evenire poſſe. Sed hoc non impedit quominus ſint caſus fortuiti. Dixi fortaſsè paulò obſcurius; ſed exemplis luculentius id explicabo.

Qui rem commodat Titio ut trans mare ferat, utique prævidere poteſt tàm ipſe, quàm Titius, fieri poſſe ut naufragium faciat, ut in Piratas incurrat. Et tamen tàm naufra- 8
gium, quàm Piratarum incurſus caſibus fortuitis aſcribuntur *l. in rebus 18. ff. commod.* Nimirum quia hæc incerta ſunt, & à caſu pendent, nec præcaveri, ac declinari poſſunt.

Nemo ignorat evenire poſſe, ut ædes vel incendio abſumantur, vel corruant. Frequentiſſima erant incendia Romæ, frequentiſſimæ ruinæ. Juven. *Sat. 3.*

Nam quid tam miſerum, & tam ſolum vidimus, ut non
Deterius credas horrere incendia, lapſus
Tectorum aſſiduos.

Senec. *lib. 2. Controv. Tanta altitudo eſt ædificiorum, tantæque viarum anguſtiæ, ut neque adverſus ignem præſidium, neque ex* 9
ruinis ullum ullam in partem effugium ſit. Hinc ſæpè cohibita ædificiorum altitudo, ut crebris ruinis occurreretur. Hinc ab Auguſto inſtitutæ Vigilium cohortes ad extinguenda incendia, qui non alium ei rei ſufficere, quam Cæſarem credidit. *l. 1. 2. & 3. ff. de off. Præf. Vigil.* Cui igitur non veniret in mentem, vel ruinam, vel incendium exiſtere poſſe? Nihilominus tamen, quia hæc ſunt incerta, ſunt à caſu, evitari non poſſunt, inter caſus fortuitos recenſentur in *l. 1. §. & ille quidem ff. de oblig. & act. §. item is cui Inſt. tit. quib. mod. re contrah. oblig. l. contractus ff. de Reg. Jur. l. in ratione 30. in princ. ff. ad Leg. Falc.*

Quid mortes animalium? Non adeò rarò accidunt, ut conductor gregis non poſſit 10

prævidere, ac ſuſpicari eas exiſtere poſſe. Virgil. 3. *Georg.*

Non tàm creber agens hyemem ruit æquore turbo,
Quàm multæ pecudum peſtes.

Quid fugæ ſervorum? quàm frequentes illæ fuerunt? Ut quotidianas prætermittam, an non Eunus, Athenio, Spartacus fugitivorum exercitus ingentes, & Romanis ipſis formidabiles coëgerunt? Et tamen animalium mortes, & fugæ ſervorum caſibus fortuitis adſcribuntur in *l. contractus* 23. *in fin. ff. de Reg. Jur. l. in ratione* 30. *in princ. ff. ad Leg. Falcid.* nec ab ullo præſtantur, quia ſine culpa noſtra accidunt, & facilè præcaveri non poſſunt.

Conductor agri certè non ignorat fieri poſſe, ut grandine ſegetes proſternantur, uvæ, & oleæ decutiantur, (quam *fundi calamitatem* vocat Terentius, Ulpianus verò *calamitoſam tempeſtatem*) uredine corrumpantur, à graculis, ac ſturnis ab-
11 ſumantur: aquarum magnitudine, fluminum inundatione vaſtentur agri: & tamen hæc inter caſus fortuitos numerantur in *l. ex conducto* §. 1. *ff. locat.* in *l. contractus ff. de Reg. Jur.* in *l. in ratione ff. ad Leg. Falc.*

Quid? eſtne quicquam frequentius, quàm debitores facultatibus labi? Eſtne quiſquam adeò rudis, ac rerum ignarus, qui neſciat fieri poſſe, ut debitor facultatibus labatur, & tempore fiant pejora debitorum nomina?
12 Et tamen hoc fieri caſu fortuito, & hunc caſum humano conſilio provideri non poſſe traditum eſt in *l.* 2. §. *ſi eo tempore ff. de admin. rer. ad civit. pertin. l. in ratione. in princ. ff. ad Leg. Falcid.* Nimirùm quia nec prævideri poteſt id futurum, nec evitari: idque ſine culpa noſtra, & præter expectationem accidit.

Rectè igitur, & eleganter, ut ſemper, M. Tullius *lib.* 5. *epiſt.* 17. *Communem, & incertum caſum, neque vitare qui quam noſ-*
13 *trùm, neque præſtare ullo pacto poteſt.* Hæc duo ſunt propria caſus fortuiti: ut ſit *communis*, hoc eſt, cuilibet potuerit evenire, adeoque vitari non potuerit: ut ſit *incertus*, atque adeo præſtari non potuerit. Quamobrem licet rapina furto cognata ſit, tamen rapina eſt caſus fortuitus, furtum non item, *l. contractus ff. de Reg. Jur. l. cùm duobus* §. *damna ff. pro ſoc.* Rapina enim vitari non poteſt, 14
nec provideri ne accidat, quia vim continet *princ. tit. Inſt. de vi bon. raptor.* vis autem eſt majoris rei impetus, qui repelli non poteſt *l.* 2. *ff. quod met. cauſ.* Contrà furtum, in quo nulla vis adhibetur, à diligenti patrefam. præcaveri poteſt, raò ſine culpa noſtra accidit.

Hic autem operæ pretium eſt animadvertere, quod in laudata *l.* 2. § *ſi eo tempore ff. de admin. rer.* non dixit J. C. caſus fortuitos eſſe, qui prævideri non poſſunt: ſed, *qui nullo humano conſilio provideri poſſunt*: hoc 15
eſt, adverſus quos caveri non poteſt, ut explicant Imperatores in *l. tutoribus* 4. *C. de peric. tutor.* Providere enim, etſi ſignificet futura longè ante videre: tamen plerumque ſignificat curare ut aliquid fiat, vel non fiat, & præcavere ne quid accidat. Terent. in Andr. *Quæ ſi non aſtu providentur, me, aut herum peſſumdabunt.* Cic. 3. *in Verr. Nam qua invidia C. Junius conflagrarat, ea, niſi providiſſes, tibi ipſi tùm pereundum fuiſſet.* Cæſ. *de bell. Gall. lib.* 5. *Tùm demum Titurius, uti qui nihil ante providiſſet, trepidare.* Cic. *lib.* 6. *epiſt.* 10. *ad Trebat. in fine*: *Quæ ſunt in fortuna temporibus regentur, & conſiliis noſtris providebuntur.* Hinc frequens illa in Reſcriptis Imperatorum formula: *Præſes, vel Judex providebit l. qui legati* 5. *C. ut in poſſeſſ. legat. l.* 3. *C. ſi min. ſe major. dixer. l.* 2. *C. de tempor. in integr. reſt. l. ult. C. comm divid. l. ex pecunia* 12. *C. de jur. dot. l. ſi creditores* 18. *C. de pact. l. nec omiſſa C. de liber. cauſa*: & alibi paſſim. Hinc providus dicitur, qui ſolers eſt, & cautus in accurandis iis, quæ ad rem benè gerendam, & vitanda pericula, & imminentia damna conducunt. Quapropter providum fortuito opponitur. Cicer. *de Natur. Deor. Atque ut intelligamus nihil horum eſſe fortuitum, & hæc omnia eſſe opera providæ, ſolertiſque naturæ.*

Ex quibus conjecturam facio etiam in *l.*
quæ fortuitis C. de pignor. act. legendum eſſe
16 *eum provideri non potuerint* : ut legitur in
quibuſdam optimæ notæ codicibus : quæ
lectio & multò elegantior eſt , & multò
accommodatior ad explicandam naturam
caſus fortuiti. Cicer. *lib. 2. de invent.* agens
de accuſando eo , qui ſe defendit neceſſitate
caſus fortuiti. *Poſtea demonſtrare potuiſſe evi-*
tari : & hac ratione provideri potuiſſe , ſi
hoc , aut illud feciſſet ; aut niſi feciſſet , præ-
caveri. Eſt enim caſus fortuitus , fortunæ
vis , quæ obſtat hominum voluntati , & elu-
dit eorum conſilia. Id. *eodem libro 2. de*
Invent. Caſus autem inferetur in conceſſionem,
cùm demonſtrabitur aliqua fortunæ vis volun-
tati obſtitiſſe. Idem *pro M. Marcello : Num-*
quam ad conſilium caſus admittitur. Et pro
Rabirio Poſtum. de facto Regis , quod pu-
tabatur caſus fortuitus , ait : *Nolite igitur*
fortunam convertere in culpam , neque Regis
injuriam hujus crimen putare : nec conſilium
ex neceſſitate : nec voluntatem ex vi interpre-
tari. Rectè , nam in Jure noſtro hæc tria
conſiderantur : dolus : culpa : caſus for-
tuitus. Quod caret dolo , & culpâ , adſ-
cribitur neceſſitati , ac vi , & caſus fortui-
tus appellatur *l. contractus 23. ff. de Reg.*
Jur.

His expoſitis , conſtat egregiè allucinari
eos , qui reprehendunt diſtinctionem noſtro-
rum Interpretum inter caſus ſolitos , & in-
ſolitos : & arbitrantur omnes caſus fortuitos
inſolitos eſſe , cùm ſint omnes omninò ino-
17 pinati. Enimverò caſus fortuiti , ſi compa-
rentur ad ea , quæ quotidie naturaliter ac-
cidunt , ſunt omninò inſoliti : ſi verò inter
ſe conferantur , alii ſoliti ſunt , alii inſoliti.
Sunt enim quidam caſus , qui frequenter
accidunt : ſunt quidam alii , qui inſolenter ,
ac rarò , ac ferè numquam. Et hi ſunt om-
ninò inopinati , quia vix poſſunt homini vel
cautiſſimo , ac ſolertiſſimo in mentem ve-
18 nire : ut eſt chaſma , & labes , cùm ad in-
gentem altitudinem terra deſedit : ut fuit
frigus anni præſentis , quo ubique oleæ om-
nes aduſtæ , & alicubi etiam vites aruerunt,
cujus vix apud Scriptores extat memoria ,
quo referri poteſt reſponſum Juriſconſulti
de nivibus immoderatis , quæ frumenta
corruperant in *l. fiſtulas §. ult. ff. de contrah.*
empt.

Qui hanc diſtinctionem reprehendunt , 19
tuentur ſe auctoritate J. C. in *l. fiſtulas §.*
ult. ff. de contr. empt. Frumenta , quæ in herbis
erant , cùm vendidiſſes , dixiſti , te , ſi quid
vi , aut tempeſtate factum eſſet , præſtatu-
rum : ea frumenta nives corruperunt. Si im-
moderatæ fuerunt , & contra conſuetudinem
tempeſtatis , agi tecum ex empto poterit. Vel ,
ut docti Viri emendant : *contra conſuetudi-*
nem tempeſtates.

Sed meminiſſe oportet ejus , quod ſuprà
monuimus ex Cicerone : opera providæ ,
ſolertiſque naturæ fortuitis opponi. Quam-
obrem hæc non dicuntur fortuita , nec ad 20
fortuitos caſus referuntur , niſi ſint inſolita ,
immoderata , & præter ſolitum , & conſue-
tum naturæ ordinem. Pluviæ , venti , ni-
ves , frigus , æſtus , tumentes fluminum
undæ , ſunt opera providæ , ſolertiſque na-
turæ : adeòque ad caſus fortuitos non perti-
nent , niſi immoderata ſint , & præter ſo-
litum , & contra conſuetudinem. Quam-
obrem rectè Ulpianus in *l. ex conducto §. 1.*
ff. locati : ait , *Aut Solis fervore non aſſueto*
id acciderit , damnum domini futurum : ſi
verò nihil extra conſuetudinem acciderit ,
damnum coloni eſſe. Fervor Solis naturaliter
quotannis accidit : atque adeò ut ad caſus
fortuitos referatur , neceſſe eſt ut ſit contra
conſuetudinem , non ſit aſſuetus. Eadem
ratione in *l. contractus. in fin. ff. de Reg. Jur.*
ad caſus fortuitos referuntur non aquæ , aut
pluviæ , ſed aquarum magnitudines : & in
l. fluminum 24. §. Servius ff. de damn. inf.
non venti , ſed ventorum violentia : & in
l. damni infecti 43. ff. eod. Sed ſi tanta vis
venti fuiſſet , ut quamvis firma ædificia con-
velleret. & in §. *cùm autem emptio Inſt. tit.*
de empt. & vendit. Inundatione aquæ , aut
arboribus turbine dejectis. Hæc enim omnia ,
cùm ſunt conſueta , naturalem rerum cur-
ſum non prætergrediuntur , ideò fortuita
eſſe non poſſunt. Cùm verò inſolita ſunt ,
& immoderata , non naturaliter accidere ,

Digitized by Google

ſed vim divinam habere creduntur *d. l. fluminum §. Servius ff. de damn. inf.* Veriſſimum eſt quod diximus, omnes caſus comparatos ad ea, quæ in dies naturaliter accidunt, inſolitos eſſe.

CAPUT XXVII.

AD L. QUIDAM TESTAMENTO 96. *ff. de legat.* 1.

SUMMARIUM.

1 *Quid differat aſſignatio fundi taxativè, an demonſtrativè facta ſit.*
2 *Plura exempla fundi aſſignati demonſtrativè.*
3 *Plura exempla fundi aſſignati taxativè.*
4 *Quando taxationis, vel demonſtrationis vicem obtineat fundi aſſignatio, & n. 17.*
5 *Quando certum corpus deducitur in obligationem, ſemper illud taxativè fit.*
6 *Secus eſt in emptione: & quare?*
7 *Error in materia licèt non vitiet alios contractus, vitiat emptionem: & quare?*
8 *Venditor non debet aſſeverare, quæ ignorat.*
9 *Conditiones quæ ad præſens, vel præteritum referuntur, non faciunt actum conditionalem.*
10 *Aliud eſt taxatio fundi: aliud taxatio temporis.*
11 *Dies non ad finiendam obligationem, ſed ad differendam ſolutionem adjicitur, & quando ſecus?*
12 *Adjectio reditûs, aut fructûs conditionaliter facta ſemper vicem taxationis obtinet.*
13 *Demonſtratio in futurum collata conditionem facit.*
15 *Qui legat id, quod à Titio hæres exegerit, videtur legare actionem quam habet adverſus Titium; ſicut qui legat, quod ſibi debetur.*
16 *Fundus obligatus pignori numquam vicem taxationis obtinet: & quare? Pignus neque auget, neque minuit obligationem.*
17 *Cùm certa quantitas deducta eſt in obligationem, aſſignatio loci habet vim demonſtrationis, & n. 20 & 21.*
18 *Certa ætas conditionem facit adjecta ſubſtantiæ legati, non ejus executioni.*
19 *Dies incertus exonerandi hæredis cauſâ adjectus, non facit conditionem.*
22 *Fundus aſſignatus ſubſtantiæ legati, habet vim taxationis, & n. ſeqq.*

IN celebri illa quæſtione, quæ ſæpenumerò in Foro agitatur, an aſſignatio certi fundi, vel loci, vel ſummæ, facta cenſeatur taxationis, vel demonſtrationis cauſâ, multæ occurrunt leges, quæ videntur inter ſe pugnare, & accuratâ indigent explicatione. Non raro hac de re diſputandum eſt: nam facilè evenire ſolet, ut fundus deſtinatus, & aſſignatus, vel initio, vel progreſſu temporis non ſufficiat ad erogandam debitam præſtationem: quo caſu ſi taxatio- 1
nis cauſâ fundus eſt aſſignatus, non tenetur aliundè ſupplere, qui ad eam præſtationem eſt obligatus: ſi verò demonſtrationis cauſâ ſit adjectus, ſupplere tenebitur, & integram præſtationem ſolvere, etiamſi ex fundo aſſignato redigi non poſſit. *l. quidam teſtamento 96. in princ. ff. de legat. 1. l. Paula Callinico 27. ff. de leg. 3. l. cum certus ff. de trit. vin. & ol. leg.*

Quòd fundus demonſtrationis cauſâ ſit aſſignatus, probari videtur primò ex *l. quidam teſtamento 96. in princ. ff. de legat. 1.* ubi proponitur hujuſmodi legatum: *Aureos quadringentos Pamphilæ dari volo; ita ut infra ſcriptum eſt: à Julio actore aureos tot, & in caſtris, quos habeo tot; & in numerato quos habeo, tot.* Teſtator ante mortem ſum- 2
mas illas in alios uſus convertit. Quæſitum eſt, an hæres nihilòminus teneretur ad ſolvendos Pamphilæ quadringentos. Reſpondit Julianus: *Veroſimilius eſt patremfam. demonſtrare potiùs hæredibus voluiſſe, unde aureos quadringentos ſine incommodo rei familiaris contrahere poſſent, quàm conditionem fideicommiſſo injeciſſe, quod initio purè datum eſſet; & ideò quadringenti Pamphilæ debebuntur.*

Secundò, ex *l. Paula Callinico 27. §. Julianus ff. de leg. 3.* ibi: *Placuit Imperatori non videri ejus fideicommiſſum, ſed demonſtratum unde accipere poſſet, & ideò hæres Severi hæc præſtare debet.*

Tertiò, ex *l. Lucius Titius 12. ff. de aliment. leg.* ibi: *Paulus reſpondit, cibaria, & veſtiaria integra deberi: neque ex eo, quòd poſtea prædia his pignoris jure teſtator obligare voluit, ut ex reditu eorum alimenta perciperent, minuiſſe eum, vel auxiſſe ea, quæ reliquerat, videri.*

Hùc etiam referunt Interpretes noſtri tex-

tus in *l. ex eo vino* 13. *ff. de trit. vin. & ol. legat.* in *l. Firmio Heliodoro* 26. *ff. quan. dies legat. ced.* in *l. inter ſtipulantem* §. *ſacram. ff. de V. O.* in *l. legatum* §. *vini ff. de ann. leg.* In quibus ſupplenda eſt quantitas legata, vel promiſſa ex reditu aliorum annorum, ſi minùs aliquo anno collectum fuerit ex reditu fundi aſſignati.

Contrà verò quòd fundus videatur aſſignatus cauſâ taxationis, adeoque ſupplendum non ſit, ſi minus ex eo redigi poſſit,
3 probari videtur ex *l. cùm certus* 5. *ff. de tritic. vin. & ol. leg.* ibi: *Cùm certus numerus amphorarum vini legatus eſſet ex eo, quod in fundo Semproniano natum eſſet; & minus natum eſſet, non amplius deberi placuit, & quaſi taxationis vicem obtinere hæc verba; quod natum erit.*

Secundò, ex *l. ſi debitor* 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* ibi: *Veriſimile eſt eum, qui fructum olivæ pendentis vendidiſſet, & ſtipulatus eſt decem pondo olei, quod natum eſſet, pretium conſtituiſſe ex eo, quod natum eſſet uſque ad decem pondo olei: idcircò ſolis quinque collectis non amplius emptor petere poteſt, quàm quinque pondo olei, quæ collecta eſſent.*

Tertiò, ex *l. nomen debitoris* 34. §. *uni ex hæredibus ff. de leg.* 3. ibi: *Reſpondit maniféſtè proponi, ex reditibus bonorum eorum juſſum æs alienum exſolvere, non de proprio.*

Ut has, & alias leges conciliemus, & magis diſtinctè, atque explicatè, quàm ab aliis factum ſit, hanc quæſtionem exponamus; primùm monendum eſt huic quæſtioni tantummodò locum eſſe, quando certa quantitas legatur, aut deducitur in obligationem, eaque percipienda eſt ex reditu alicujus fundi, vel ex aliquo loco: tunc enim in controverſiam vocatur, an adjectio illa loci, vel fundi habeat vim taxandæ, ac minuendæ obligationis, ſi ex eo loco, vel
4 fundo tota illa quantitas redigi, ac percipi
non poſſit. Et de hoc agunt omnes leges modò laudatæ, ut facilè poterit quilibet animadvertere. Contrà verò, ſi non certa quantitas ex fundo aſſignato percipienda deducatur in obligationem: ſed ipſe fundus, vel certum corpus in obligatione ponatur, & deinceps ejus reditus, vel quantitas enuntietur: tunc hæc adjectio demonſtrationis cauſâ facta cenſetur, niſi conſtet de contraria voluntate. Quamobrem in *l. ſi ſervus* 108. §. *qui quinque ff. de leg.* 1. reſponſum eſt, quòd ſi teſtator legaverit decem quæ in arce habet, ſi quinque habeat, quinque tantùm debentur: idemque eſſe in ſtipulatione. Et in *l. ſi ita legatum* 65. *in princ. ff.*
eod. Si quis legaverit decem ſervos, præter 5
eos, quos Sejo legavit: & pauciores inveniantur, illi tantùm debentur. Cùm enim certum corpus legatum ſit *d. l. ſi ſervus* §. *qui quinque l. ſed ſi certos* 51. *& l. planè* 34. §. *ſed hoc ita ff. de leg.* 1. corpus illud deducitur in obligationem, ut ajunt, taxativè, & quantumcumque ſit, ipſum ſolum debetur: quantitas autem, & ſumma adjecta eſt demonſtrativè, adeoque non auget legatum, nec tenetur hæres ſupplere, ſi deſit aliquid quantitati demonſtratæ. Neque enim quantitas deducta eſt in obligationem, ſed certum illud corpus nummorum, qui in arca ſunt, & ideò ſi nihil ſit in arca, nihil eſt in legato *l.* 1. §. *ſed & ſi dotem. ff. de dot. præleg. d. l. ſi ſervus* §. *qui quinque. & l. ſi ita legatum. in princ. ff. de leg.* 1.

Alia tamen cauſa eſt emptionis, & venditionis: nam ſi venditor homini dixerit peculium eum habere decem, nec quicquam
adempturum: ſi plus ſit in peculio, totum 6
præſtare debet: ſi minùs, præſtare debet decem, quæ in peculio eſſe dixit *l. ſi venditor. in princ. ff. de action. empti.* Nam in emptione, & venditione id, de quo convenit, omninò præſtandum eſt. *l. ex empto* 11. §. 1. *ff. de action. empti. l. cùm venderem ff. locat.* & quod venditor in contrahendo dixit, omninò præſtare debet, nam emptor decipi non debet, qui fortè aut empturus non fuiſſet, aut minoris empturus *l. quæro* 39. *ff. de action. empti.* Et ideò error in ma-
teria licèt non vitiet alios contractus *l. ſi id* 7
quod aurum 22. *ff. de V. O. l.* 2. *ff. de pign. act. l. cùm æs ff. de furt.* vitiat tamen emptionem, & venditionem *l. in venditionibus* 9. §. *ult.*

§. ult. l. alioquin. in princ. l. quid tamen. in fin. l. cùm ab eo §. ult. ff. de contr. empt. l. ſi ſterilis §. quamvis ff. de action. empt. quia præſumitur emptorem non fuiſſe empturum, ſi ſciviſſet alterius eſſe materiæ: quo fit, ut propter diſſenſum vitiari traditum ſit in *d. l. in venditionibus*, *& in d. l. alioquin ff. de contr. empt.* Qui error licèt ſit cauſa diſſenſûs in emptione, propter pretium, quod eſt ab emptore ſolvendum: tamen non eſt cauſa diſſenſûs in aliis contractibus, alioquin enim nec alii contractus valerent *l. inter* 83. §. 1. *l. continuus §. 2. ff. de V. O. §. ſi de alia Inſt. tit. de inut. ſtip.* Cùm igitur venditor præciſè teneatur ad præſtandum id quod dixit, ne emptor decipiatur: & in *d. l. ſi venditor ff. de action. empt.* duo dixerit, & affirmaverit: ſervum habere peculium, & in peculio eſſe decem: utrumque præſtare tenetur. Primùm præſtare tenetur totum peculium quantumcumque ſit: dixit enim ſe nihil adempturum.

8 Potiùs enim aſſentior Accurſio, qui putat illa eſſe verba contrahentium, quàm Fabro, qui eum reprehendit, exiſtimans eſſe verba Juriſconſulti: tota enim complexio verborum cùm antecedentium, tùm ſubſequentium pro Accurſio eſt. Prætereà præſtare tenetur in peculio eſſe decem, ſicut dixit, & ideò ſi minùs ſit, ſupplere debet. Neque audiendus eſt venditor, ſi dicat, ſe ignoraſſe quantùm eſſet in peculio: non enim debuit facilè, quæ ignorabat, aſſeverare. *l. Julianus §. quid tamen ff. eod.*

Neque quiſquam putet idem traditum fuiſſe de ſtipulatione in *l. ſi ita ſtipulatus* 120. *ff. de V. O.* Etenim ibi non quæritur de ſupplenda ſumma, ſi centum aureorum non ſit, ſed ſolùm quæritur an hæc ſtipulatio, *hanc ſummam centum aureorum dare ſpondes*, ſit conditionalis, nec ne. Reſpondit Papinia-
9 nus non eſſe conditionalem: nam etiamſi contrahentes eâ mente ſtipularentur, ut tantummodò debeatur ea ſumma, *ſi modò centum aureorum ſit*, tamen non erit conditionalis ſtipulatio, quia verba, quæ ad præſens tempus referuntur, non faciunt conditionem *d. l. ſi ita ſtipulatus. in fin. ff. de V. O. l. itaque ff. de reb. cred.* quia non ſuſpendunt actum *l. cùm ad præſens ff. eod. § conditiones Inſt. tit. de V. O.* Non affirmat præſumi contrahentes ita ſenſiſſe: hoc enim falſum eſt *l. ſi ſervus §. qui quinque ff de legat.* 1. ſed affirmat non eſſe conditionalem ſtipulationem etiamſi ita ſenſerint, ut oſtendat nullo caſu dici poſſe conditionalem.

Secundò, operæ pretium eſt animadvertere; multùm intereſſe inter taxationem loci, vel fundi, & taxationem temporis; quod non diſtinguentes DD. noſtri, in varios errores prolapſi ſunt. Itaque perperàm exiſtima- 10
runt in *l. ex eo vino ff. de trit. vino & ol. leg.* in *l. legatum §. vini ff. de ann. leg. in l. Firmio Heliodoro ff. quando di. leg. ced. in l. inter §. ſacram ff. de V. O.* fundum adjectum fuiſſe demonſtrationis causâ. Verè enim fundus taxationis causâ fuit aſſignatus, ſed cùm tempus taxatum non fuerit, ſi quid uni anno defuerit, ſuppletur ex aliis annis. Non eſt ſupplendum ex alio fundo, ſicut ſuppleri debet, quoties fundus demonſtrationis causâ fuit adjectus, nec tenetur quicquam debitor præſtare, niſi id, quod in eo fundo natum erit: nihil tamen intereſt utrum hoc, vel illo anno natum ſit *d. l. legatum §. 1. ff. de ann. leg. d. l. ex eo vino ff. de trit. vin. & ol. leg.* Expectandum eſt igitur donec naſcatur id, quod debetur *l. inter §. ſacram. verſic. pro quo & illud ff. de V. O.* Imò etiamſi præfinitum ſit certum tempus, tamen tempus illud non taxationis, ſed differendæ obligationis causâ præſumitur adjectum: ac proptereà longius tempus eſt expectandum. Quamobrem ſi quis ita leget: *fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum futuri anni*: ſi minùs, quàm quinquaginta, colligatur primo anno, expectanda eſt ubertas ſecundi anni: nam legato non conditio adjecta videtur, ſed prolatum tempus ſolvendæ pecuniæ *l. Firmio Heliodoro ff. quan. di. legat. ced.* Dies enim obligationi adjicitur ad differendam ſolutionem, ne præſenti die pecunia debeatur *l. eum qui §. 1 ff. de V. O. §. omnis ſtipulatio Inſt. tit. de V. O.* non ad 11
eam taxandam, aut limitandam ad certum tempus, cùm hoc ſit contrarium naturæ temporis adjecti, quod ipſo jure obligatio-

Digitized by Google

nem finire atque extinguere non poteſt *l. obligationum ferè* 44. §. 1. *verſic. placet ff. de oblig. & act.* §. *at ſi ita Inſt. de V. O.* Non poteſt igitur peti ante diem, cùm dies adjectus fuit *l. nihil peti* 186. *ff. de Reg. Jur. d.* §. *omnis Inſt. tit. de V. O. l.* 2. §. *qui ita ff. de eo quod certo loco. l. non tamen* 9. *ff. ut legat. nom. cav.* poteſt tamen peti quandocumque poſt diem; hoc enim eſt in arbitrio debitoris, quando petere velit poſt diem. Rectè igitur reſpondit J. C. quod cùm tempus futuri anni ſit adjectum ad proferendam ſolutionem, expectanda ſit ubertas ſecundi, ſi ex reditu primi anni redigi non poſſint quinquaginta. Adjicitur quidem dies aliquando ad finiendam obligationem *d. l. obligationum ferè* §. 1. *verſ. placet ff. de V. O. &* §. *at ſi ita Inſt. eod.* Sed cùm hoc repugnet naturæ temporis, quia tempus non eſt modus conſtituendæ, aut tollendæ obligationis *d. l. obligationum, & d.* §. *at ſi ita.* ſi non conſtet de contraria voluntate adjicientis, ſemper intelligitur adjectum differendæ ſolutionis causâ, cùm hoc ſit maximè conveniens naturæ ipſius temporis. In ſpecie propoſita in *d. leg. Firmio Heliodoro ff qu. di. leg. ced.* non conſtabat de contraria voluntate teſtatoris; quia verba illa, *futuri anni*, ſunt apta per ſe ad comprehendendum tàm primum, ac proximum, quàm omnes alios annos inſequentes *l. eum qui Calendis. in princ. ff. de V. O.* quapropter nulla cauſa eſt, cur ea verba debeamus interpretari contra naturam ipſius temporis, & contra conſuetudinem teſtatorum, & etiam contra conjecturam voluntatis ejus, qui legavit quinquaginta, quem veriſimile non eſt legatum minuere voluiſſe per adjectionem temporis, quod non minuendæ, aut tollendæ obligationis causâ adjici ſolet, ſed differendæ ſolutionis.

Tertiò, monendum eſt, quòd quando reditus fundi, aut fructus adjectus eſt per modum conditionis, ſemper facit taxatio-
12 nem. Ratio in promptu eſt, quia ea vis eſt,
& natura conditionis, ut exiſtens actum perficiat, deficiens actum irritet, perindè ac ſi non fuiſſet celebratus *l. hac venditio* 7. *in princ. ff. de contr. empt. l. neceſſario* 8. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. ſi quis* 37. *ff. de contr. empt. l. Thais* 41. §. *intra ff. de fideic. libert. l. pupillorum C. de adm. tutor.* Cùm autem deficiens conditio impediat ne naſcatur obligatio, multò magis habet vim ejus minuendæ. Quapropter cùm J. C. quærunt an deſtinatio, & aſſignatio fundi, vel loci, unde percipiendum eſt id, quod debetur, taxationis vicem obtineat, an demonſtrationis, ſemper illud expendunt, an teſtator per illam deſtinationem, & aſſignationem voluerit adjicere conditionem legato: & ſi voluit adjicere conditionem, taxatio eſt; ſin minùs, demonſtratio ut in *l. quidam teſtamento ff. de leg.* 1. & in *l. Firmio Heliodoro ff. quan. di. leg. ced.* in *l. nuper* 85. *ff. de leg.* 3.

Hinc conſtat cur in *l. cùm certus* 5. *ff. de* 13
trit. vin. & ol. leg. & in *l. legatum* 8. *vini Falerni ff. de ann legat.* & in *l. ſi debitor* 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* vim taxationis obtineant verba illa: *quod natum erit: quod naſcetur*, & ſimilia: nam verba illa conditionem faciunt *l.* 1. §. *ult. ff. de cond. & dem nſtr.* Demonſtratio enim in futurum collata conditionem facit *l. nuper* 85. *in fin. ff. de leg.* 3. *l. quoties* 11. *ff. de rebus dub. l. Stichum qui meus* 6. *ff. de leg.* Et ideò minuitur obligatio pro ea parte, pro qua falſa erit demonſtratio *l. ſcribit* 34. *in fin. ff. de aur. & arg. legato.*

Nec obſtat text. in *l. Firmio Heliodoro. in princ. ff. quand. dies legat. ced.* Nam ibi longè alia quæſtio pertractatur; an ſcilicet
tempus illud, quod fuit adjectum *futuri* 14
anni conditionem faciat, & reſtringat obligationem ad proximum annum, an verò ſit adjectum ad differendam ſolutionem, adeoque comprehendat omnes futuros annos quoad creditorem.

Non obſtat etiam textus in *l. ut heredibus* 50. *alias l. ſi Titius* 5. *cùm ita ff. de leg.* 2. ubi ex ſententia Publicii reſpondit Marcellus purum eſſe, non conditionale hujuſmodi legatum: *quantam pecuniam hæres meus à Titio exegerit, tantam Mævio dato.* Nam teſtator non adjecit illam demonſtrationem

Digitized by Google

animo reſtringendi, ac minuendi legati. Voluit enim legare totum id, quod à Titio
15 exigi poſſet: hoc eſt, voluit legare nomen debitoris: ſed ut legatarium liberaret ab incommodo, & moleſtiâ exigendi, gravavit hæredem ut exigeret, & quod exegiſſet Mævio legatario ſolveret. Itaque in eo legato licèt ex verborum conceptione videatur contineri ſumma, quæ ab hærede fuerit exacta: tamen vi ipſa continetur ipſum jus exigendi, & actio quæ hæredi competit adverſus Titium: & ideò ſi legatarius velit ſibi præſtari actiones adversùs Titium, poterit ſtatim hæredem cogere ad eas ſibi præſtandas *d. l. ut hæredibus in fin.* Non aliter qui legat centum, quæ ſibi à Titio debentur, licèt verborum conceptione contineantur in legato centum, tamen vi ipſa legata eſt actio, quæ competit adverſus Titium, & hæres non tenetur præſtare centum, ſed actionem cedere *§. tàm autem 21. Inſtit. tit. de legat. l. ſi ſic legatum §. quod ſi ff. de legat. 1.* Et ideò ſi Titius nihil debeat, inutile eſt legatum, quia nulla eſt actio quæ cedi poſſit *d. l. ſi ſic legatum §. quod ſi.*

Quartò denique animadvertendum eſt, quod quando fundus creditoris alicujus quantitatis annuæ obligatur vice pignoris, ut ex eo quantitatem illam annuam perci-
16 piat, dubitari non poteſt, illam fundi obligationem taxationis vim habere non poſſe, ut traditum eſt in *l. Lucius Titius 12. ff. de alim. vel cibar. leg.* Pignus enim poteſt eſſe tùm majus, tùm minus debito, pro quo obligatur: & ſi majus ſit, non auget obligationem: ſi minus, eam non minuit. Non poteſt enim mutare principalem obligationem pignus, quod ei accedit, eamque ſequitur *l. cùm principalis ff. de Reg. Jur. c. acceſſorium de R. J. in 6.* Abſurdum autem eſſet pignus, quod pro ſecuritate creditoris conſtituitur, & ut creditori cautum ſit *§. ult. Inſt. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. jubet 9. ff. de collat.* minuere obligationem creditoris: & quod ad fulciendam, & confirmandam obligationem datur, eam extenuare, & pro parte ſaltem irritare, & infirmare contra text. in *l. nulla Juris ff. de legib.*

Hæc, quæ hactenus expoſuimus, non ſatis accuratè diſtinguentes, ac perpendentes Interpretes noſtri, rem per ſe dubiam, & controverſam infinitis difficultatibus involverunt. His autem expoſitis paucæ admodum leges ſuperſunt explicandæ, ex quibus hæc extitit controverſia. Solent autem DD. ita diſtinguere. Si fundus, vel locus, undè percipienda eſt quantitas legata, ſit adjectus, & aſſignatus in eadem oratione: taxationis vim habet aſſignatio: ſi verò in diverſa oratione, demonſtrationis. Alii verò diſtinguunt, utrum fundus ſit adjectus ipſi legato, vel donationi, vel ſubſtantiæ contractûs: an verò executioni, & ſolutioni. Primo caſu taxationis, ſecundo demonſtrationis vicem obtinere. Exiſtimo etiam ſuperioris ſententiæ auctores hoc idem dicere voluiſſe; ſed aliis verbis expreſſiſſe. Quid enim intereſt una, an duabus orationibus teſtator id comprehendat; niſi quòd fundus adjectus in eadem oratione adhæret ſubſtantiæ legati, & obligationis: in diverſa verò oratione adjectus, ſolet reſpicere executionem obligationis? Et hæc rationem habent. Nam cùm ſubſtantia obligationis conſiſtit in aliqua certa quantitate, quæ in obligationem deducta eſt, non mutat ipſam obligationem, nec minuit quantitatem, quòd teſtator, vel debitor adjiciat locum, aut fundum, undè illa percipienda eſt, & ſolvenda. Hoc enim ſolummodò reſpicit ſolutionem, & afficit legati executionem, non vero ipſam obligationem purè contractam: ac propterea ſubſtantiam obligationis mutare non poteſt. Et hoc eſt quod traditur in *l. quidam teſtamento 96. ff. de leg. 1. Vero ſimilius eſt patremfam. demonſtrare potiùs hæredibus voluiſſe, undè aureos quadringentos ſine incommodo rei familiaris contrahere poſſent, quàm conditionem fideicommiſſo injeciſſe, quod initio jurè datum eſſet.*

Idem quoque conſtitutum eſt in adjectione certæ ætatis. Certa ætas legatarii adjecta legato conditionem facit. *l. ſi Titio 22. in princ. ff. quando di. leg. ced.* Nam dies in- 18
certus facit conditionem *d. l. ſi Titio, & l. dies incertus. l. ſi quis 54. l. hæres 79. ff. de*

Digitized by Google

cond. & dem. l. ſi ita ſcriptum 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. ſi ita ſcriptum ff. de manum. teſtam. l. quodcumque* §. 1. *ff. de V. O.* Sed conditionem facit certa ætas, quoties eſt adſcripta ipſi legato, & cohæret ſubſtantiæ legati: cæterùm, quando eſt adjecta ſolutioni, & executioni legati conditionem non facit, *l. ex his verbis C. quando dies leg. ced. l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* Nam dies adjectus ſolutioni, non afficit obligationem, cui non fuit adjectus, & ideò obligationem non ſuſpendit. Quo fit, ut teſtator adjiciendo diem ſolutioni, videatur voluiſſe ſolutionem prorogare: aliud autem eſt prorogare ſolutionem, aliud injicere conditionem legato, vel fideicommiſſo *l. Sejus*
19 *Saturninus ff. ad S. C. Trebell.* Item quoties dies incertus exonerandi hæredis causâ adjicitur ſolutioni, eam in plures penſiones, ac plures annos diſtribuendo hæredis commodo, conditionem non facit *l. ſi cum præfinitione ff. quand. di. leg. ced.*

Eadem eſt ratio fundi, locique, ac perſonæ adjectæ. Hæc adjectio conditionem facit, quoties ſubſtantiæ obligationis adjicitur *l. 1.* §. *ult. ff. de cond. & dem.* ſi verò adjiciatur ſolutioni, & executioni legati, vel alterius obligationis, & ipſius hæredis commodo, ut ſciat unde poſſit commodè debitam quantitatem cogere, non facit conditionem, nec minuit obligationem. Et hoc innuit Julianus in *l. quidam teſtamento. in*
20 *princ. ff. de legat.* 1. illis verbis: *Veroſimilius eſt patremfam. demonſtrare potius hæredibus voluiſſe, unde aureos quadringentos ſine incommodo rei familiaris contrahere poſſent.* Quotieſcumque igitur apparet teſtatorem voluiſſe demonſtrare hæredi, unde poſſet commodè percipere quantitatem ſolvendam, tunc adjectio loci, vel fundi conditionem non facit, nec vicem taxationis obtinet. Hoc autem apparet, quando teſtator legato purè relicto adjicit locum, vel fundum, undè ſolvi poſſit, ut in *d. l. quidam teſtamento ff. de leg.* 1. ibi: *fideicommiſſo, quod initio purè datum eſſet.* Qui legato, quod initio purè datum eſt, adjicit locum, undè ſolvi poſſit, ad expediendam ſolutionem, non ad minuendam obligationem videtur adjeciſſe.

His probè conſtitutis facilis eſt omnium legum, quæ ſupra ſunt, expoſitio, & conciliatio. In *l. quidam teſtamento ff. de leg.* 1. initio quadringenti purè legati fuerunt: poſteà adjectum, unde paterfam. ſine incommodo rei familiaris poſſet quadringentos contrahere. Hæc adjectio, eſt demonſtratio, non taxatio aut conditio: & ideò debentur quadringenti, etiamſi ex locis à teſtatore demonſtratis contrahi non poſſint.

In *l. Paula Callinico* §. *Julianus ff. de legat.* 3. Julianus alumno ſuo quinquaginta legaverat: eaque à Juliano Mauro colono 21
ſuo ex penſionibus ſibi debitis præſtari voluerat. Manifeſtè hîc locus, undè percipienda eſt pecunia legata, adjectus eſt præſtationi legati, quod initio purè datum erat. Et ideò rectè J C. ait, hic fuiſſe *demonſtratum, undè hæres accipere poſſet.*

Contrà verò in *l. nomen debitoris* §. *uni ex hæredibus ff. de legat.* 3. injunctum erat uni ex hæredibus onus ſolvendi æs alienum, quod ex bonis Aretonis debebatur: & aſſi- 22
gnati erant reditus eorumdem bonorum ad ſolvendum hujuſmodi æs alienum: itaque aſſignatio reſpiciebat ipſum onus injunctum, & ejus ſubſtantiæ adjecta erat. Oneris enim ſubſtantia conſiſtebat in ipſa ſolutione æris alieni: & huic ipſi oneri ſuſtinendo aſſignatus eſt certus fundus. Quamobrem rectè reſponſum eſt à Scævola, hanc aſſignationem taxationis vicem obtinere his verbis: *Reſpondit, manifeſtè proponi ex reditibus bonorum eorum juſſum æs alienum exſolvere, non de proprio.*

Idem traditum in *l. Firmio Heliodoro in princ. ff. quan. dies legat. ced. Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni.* Non 23
dubitat Juriſconſultus, quin prædia ſint aſſignata taxationis causâ, adeò ut non teneatur hæres de proprio ſolvere, quia aſſignatio adjecta eſt ſubſtantiæ legati. Dubitat tantummodò an illa temporis adjectio, *futuri anni*, conditionem faciat, & reſtringat

legatum ad reditus proximi anni : an verò contineat prorogationem ſolutionis, & extendatur ad annos inſequentes. Quapropter ſi teſtator non adjeciſſet illa verba, *futuri anni*, nulla fuiſſet dubitatio, quin hujuſmodi legatum reſtrictum eſſet ad reditus prædiorum, nec de proprio, aut aliundè ſolvendum non eſſet.

Item in *l. inter ſtipulantem §. ſacram. verſic. pro quo ff. de V. O.* ſtipulatus eſt quidam *ex fundo centum amphoras vini.* Manifeſtè hic fundus eſt adjectus ſubſtantiæ obligationis. Et ideò ait JC. amphoras vini non
24 deberi, niſi ex vino, quod in fundo natum erit, & ſi fuerit bonâ fide conſumptum à promiſſore, expectandum, ut iterum naſcatur, & per has vices aut ceſſaturam, aut valituram ſtipulationem.

CAPUT XXVIII.

AD L. GENERALI 32. §. *Uxori* 2. *ff. de uſufr. leg. & l. prædia* 27. §. *liberto* 3. *ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.*

SUMMARIUM.

1 *Deſignatio certi loci aliquandò reſtringit legatum.*
2 *Legato rerum quæ alicubi ſunt, continentur quæ inde caſu abſunt : & non continentur, quæ ibi caſu ſunt. & n. 21. & 22.*
3 *Quæ res cenſeantur perpetuò, vel caſu eſſe in aliquo loco.*
4 *Legato rerum omnium, quæ in domo ſunt, non continetur calendarium, & nomina debitorum. & n 8.*
5 *Quid ſi nominatim exceptum fuerit calendarium : aut legatum calendarium.*
6 *Calendarium quid?*
7 *Legato uſufructu bonorum, & calendarium, & actiones continentur*
8 *Verba, alia, cætera, ſimilia expreſſis includunt.*
9 *Si heredi ſervus prælegetur, cohæredes nullam actionem habent ad petendum id, quod ſervus domino debebat.*
10 *Si cui peculium legetur, hæres retinet quod domino debebatur, jure exceptionis, non jure actionis : & quare?*
11 *Legato rerum quæ alicubi ſunt, pecunia fœneratitia non continetur.*
12 *Legato etiam univerſali rerum alicubi exiſtentium pecunia non continetur ſed vide n. 26. & 27.*
13 *Taberna nomine continentur merces, & omnia, quæ ſunt in taberna & n. 38.*
14 *Pecunia præſidii causâ ſepoſita continetur : & quare n. 16.*
15 *Quæ ſit pecunia præſidii causâ ſepoſita?*
16 *Peculium quid?*
17 *In his legatis deſtinatio patrisfam. attenditur. & n. 39.*
18 *Argentum continetur, niſi fuerit venale.*
20 *Nec res commodatæ, nec pignoratæ continentur.*
22 *Argentum alibi à teſtatore depoſitum continetur.*
23 *Legato rerum, quæ Romæ ſunt, continentur ea, quæ ſunt in continentibus Urbis.*
24 *Depoſitum non ſemper ſignificat contractum.*
25 *Theſaurus aliquandò dicitur etiam is, cujus depoſitionis extat memoria*
26 *Exceptio efficit, ut includantur omnia præter excepta.*
27 *Qui comprehendit id, de quo magis dubitari poterat, comprehendit etiam id, de quo minus. & n. 50.*
29 *Exceptio non inducit incluſionem eorum, quæ ſunt diverſi generis. & n. 31.*
30 *Pecunia quæ in agris habetur ad paſcendos ſervos, & exercenda opera ruſtica, continetur.*
31 *Res venales non continentur, etiamſi legatum ſit univerſale, & in eo aliquid nominatim exceptum.*
32 *Etiamſi legatum non ſit loco circumſcriptum. Exceptiones n. 37. & 38.*
33 *Affertur ratio.*
34 *Proponitur & reprobatur diſtinctio inter res, quæ negotiationis causâ habentur, & alias res venales.*
35 *Merces quæ dicantur, aut mercis, & commercii causâ haberi : item quæ dicantur res venales? & n. 40.*
36 *Servi an mercis numero ſint?*
39 *Fructus in fundo nati, ibique coacti an contineantur? vide diſtinctionem.*
40 *Fructus fundi ad vendendum deſtinati ſunt res venales. & n. 35.*
41 *Res deſtinata habetur pro re, cui deſtinata eſt, & utriuſque idem jus.*
42 *Legatum fundi cum rebus quæ ibi ſunt, comparatur legato fundi cum inſtrumento.*
43 *Legato fundi inſtructi fructus non continentur, exceptis illis, qui ſunt neceſſarii ad colendum & inſtruendum agrum.*
44 *Legata quæ non continent res venales, nec continent fructus venales.*
45 *Particula item habet vim repetendi.*
46 *Legatum uſusfructûs bonorum quid contineat?*
47 *Sutrina alia privata, alia publica.*
49 *Lectio Pandectarum Florentinarum an ſemper præferenda?*
52 *Per voluntariam alienationem etiam invalidam, imò per ſolam deſtinationem alienandi legatum adimitur.*
53 *Vinum in doliis, & vinum de dolio.*

54 *Fructus, qui hodie ſolent ſubminiſtrari colonis partiariis, non continentur.*

55 *Legatum fundi cum omnibus rebus, an latius pateat legato fundi inſtructi.*

DEmonſtravimus certi loci, ac fundi deſignationem facere aliquando conditionem, aliquando ſolam demonſtrationem continere: & quando habeat vim taxationis, & minuendæ obligationis, luculenter expoſuimus. Nunc alia ratio minuendæ obligationis per deſignationem, ac circumſcriptionem loci eſt exponenda, de qua ſæpenumero etiam in foro neceſſe eſt acriter diſceptare.

Generalis obligatio, & generale legatum omnium rerum reſtringitur, ac minuitur deſignato, ac circumſcripto certo loco. Neque enim debentur omnia quæ ſunt in loco deſtinato, & aſſignato, ſed ſolum ea quæ ibi ſunt, ut ibi perpetuò maneant, quæ ibi eſſe ſolent: non verò debentur, & legato continentur, quæ ibi caſu ſunt, quæ tempo- 1 ris causâ ibi ſunt collocata. Contra quæ caſu abſunt, & temporis causâ aliò tranſlata fuerunt, aut fraudulenter ab aliquo minuendæ obligationis causâ, continentur, etiamſi in loco aſſignato non ſint *l. ſi ita legatum* 86. *ff. de leg.* 3. ibi: *Labeonis diſtinctionem valdè probo, qui ſcripſit, nec quod caſu abeſſet, minus eſſe legatum: nec quod caſu ibi ſit, magis eſſe legatum. l. ſi fundus* 44. *ff. eod.* ibi: *Quæ ad tempus ibi ſunt, non videntur legata. l. qui ſaltum* 67. *ff. eod.* ibi: *Sed de illis ſenſiſſe, quæ perpetuo ibi eſſe ſolent*, & in *l. pen.* §. 1. 2 *ff. de aur. & arg. leg.* ibi: *Quia illa verba, quod domi mea erit, ſic accipi debere: eſſe ſolebat. l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hered. inſt.* ibi: *Quia non idcircò illò erat miſſus, ut ibi eſſet. l. debitor* 32. *ff. de pignor. l. in prædiis* §. 1. *ff. in quibus cauſ. pign. tac. contr. l. Seja* §. *Pamphila ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* Nam ſi aliquid in loco ſit caſu, & temporis causâ, non ut ibi maneat ad ejus uſum deſtinatum, perindè habetur, ac ſi ibi non eſſet *l. fundi* 17. §. *Labeo ff. de act. empt. l. ſi quis enim* 40. *ff. de relig. & ſumpt. fun. l. id veſtimentum* 25. *ff. de pecul. l. debitor* 32. *ff. de pignor.*

Atque hæc certa ſunt, & explorata. Illud in controverſiam vocatur, quæ res cenſeantur eſſe in aliquo loco perpetui uſûs causâ, vel caſu, & ad tempus accommodata. Pendet id à deſtinatione patrisfam. *l. cùm de la-* 3 *nionis.* §. *item. & l. fundi inſtrumento ff. de fund. inſtr.* Sunt tamen quædam res, quæ ex ſui natura cenſentur eſſe in loco ad tempus, & legato omnium rerum eo loci exiſtentium non continentur, niſi probetur contraria voluntas teſtatoris; de quibus inter noſtros eſt magna contentio. Hujus generis ſunt calendarium, & nomina debitorum, pecunia numerata, res venales, & fructus ex prædio coacti.

Calendarium, & nomina debitorum non contineri legato rerum domi, vel in fundo exiſtentium verius eſt *l. Gajus Sejus* 86. *in princ. ff. de leg.* 2. *l. uxorem* 41. § *legaverat. l. quæſitum* 78. §. 1. & §. *peto l. prædiis* 91. *in princ. & in* §. 1. *l. ſi mihi Mævia* 92. *in princ. & in* §. 1. *ff. de legat.* 3. Etiamſi ſig- 4 num aliquod univerſale fuerit adjectum, ut in *l. quæſitum* §. *Papinianus quoque ff. de inſtr. vel inſtrum. leg. l. uxorem* §. *legaverat ff. de legat.* 3. *l. Gajus Seius* 86. *in princ. ff. de leg.* 2. *& in l. ſi mihi Mævia* §. *ult. ff. de legat.* 3. ubi legatæ erant domus, *nullo omninò excepto, cum omni inſtrumento, & repoſitis omnibus.* Vix excogitari poſſunt verba magis univerſalia, & tamen inſtrumenta debitorum in domibus legatis reperta non debentur.

Quod ſi in legato nominatim fuerit exceptum calendarium, non ſolum nomina debitorum, quæ ad calendarium pertinent, excepta intelliguntur: ſed etiam pecuniæ ca- 5 lendario deſtinatæ: ſicut legato calendario legatæ videntur etiam pecuniæ calendario deſtinatæ *l. qui filium* 64. *ff. de leg.* 3. Sicut contrà, ſi nominatim legata ſint prædia cum reliquis colonorum, neque debetur calendarium, neque pecuniæ à colonis exactæ, & in calendarium verſæ *l. prædiis. in princ. ff. de legat.* 2.

Calendarium erat liber, ſeu codex fœnebris pecuniæ, in quo ſcribebantur nomina debitorum, quibus pecuniam mutuabantur, de quo in *l. ejus qui in Provincia. ff. de reb.*

cred. l. Lucius Titius 88. *in princ. ff. de leg.* 2. *l. nepoti ff. de inſt-. vel inſtrum. leg. l. tutores* §. *negligentia ff. de admin. tut. l. Sticho l.bertas* §. *ſervus ff. de ſtatulib. l. dominus. in princ. ff. de pecul. legat. l. uxori ff. de uſu & uſufr. legat. l.* 3. *C. de compenſat.* Dicebatur
6 autem calendarium, quòd Calendis Veteres fœnerari ſolebant, & Calendis uſuras exigere, cùm in ſingulos menſes uſuras paciſcerentur. Ovid. *lib.* 2. *de remed. amor.*

Qui Puteal, Janumque timet, celereſque
Calendas;
Torqueat hunc æris mutua ſumma ſui.

Horat. *Od.* 2. *Epod.*

Hæc ubi locutus fœnerator Alphius, &c.
Omnem relegit Idibus pecuniam,
Quærit Calendis ponere.

Quare Martialis *lib.* 8. *ep.* 44. calendarium dixit *paginas Calendarum.*

Superba denſis area palleat nummis:
Centum explicentur paginæ Calendarum.

Senec. *de benefic. lib.* 1. *Nemo beneficia in calendario ſcribit.*

Sed obſtat text. in *l. uxori meæ* 37. *ff. de uſu, & uſufr. leg.* ubi proponitur hujuſmodi legatum: *uxori meæ uſumfructum lego bonorum meorum.* Reſpondit Scævola, deberi uſumfructum prædiorum tàm ruſticorum, quàm urbanorum, & mancipiorum, & ſupellectilis, itemque calendarii.

Facilis eſt, & expedita reſponſio. Non agitur hîc de legato ad certum locum reſtricto, ſed de legato generali bonorum, ſine ulla deſignatione, ac circumſcriptione loci. Bonorum autem appellatio continet etiam
7 nomina debitorum, & calendarium *l. bonorum. in fin. ff. de V. S. l. Princeps* 21. *ff. eod.* Et ideò legato uſufructu bonorum, etiam actiones legato continentur *l. ult. ff. de uſufr. leg. l. uſufructu* 69. *ff. ad Leg. Falcid.*

Secundò, obſtat textus in *l. quæſitum* 78. §. *prædia ff. de leg.* 3. ibi: *Prædia quidam reliquit adjectis his verbis: uti a me poſſeſſa ſunt, & quæcumque ibi erunt, cùm moriar. Quæſitum eſt de mancipiis, quæ in his prædiis morata fuerunt, vel operis ruſtici cauſâ, vel alterius officii, cæteriſque rebus, quæ ibi fuerunt in diem mortis, an ad legatarium pertinerent? Reſpondit, ea omnia, de quibus quæreretur, legata videri.* Verba illa, *cæteriſque rebus*, & *ea omnia*, videntur comprehendere etiam calendarium, & nomina debitorum. 8

Sed non ita ſunt interpretanda. Primùm, quia non abſolutè dixit *cæteras res*; ſed *cæteras res, quæ ibi fuerunt in diem mortis.* Verba autem illa: *quæ ibi fuerunt*, reſtringunt antecedentia verba generalia, ita ut non poſſint comprehendere calendarium, & nomina debitorum, quæ etſi comprehendantur nomine rerum, & nomine bonorum, ut modò dicebamus; tamen non comprehenduntur appellatione rerum, quæ domi, vel in prædiis ſunt, quia loci deſignatio, ac circumſcriptio eas res excludit, ut ſuprà demonſtratum eſt. Præterea, quia cùm ſuprà numeraverit J. C. mancipia, quæ in prædiis morata fuerunt operis ruſtici causâ, vel alterius officii, ſubdens deinceps, *cæteriſque rebus, quæ ibi fuerunt*, ſatis evidenter demonſtrat, ſe agere ſolum de rebus, quæ in prædiis fuerunt ad inſtruenda prædia, & ad uſum prædiorum, vel patrisfam. non verò de rebus, quæ ibi caſu, & ad tempus fuerunt. Nam verba, *alii, cæteri*, & ſimilia, includunt & comprehendunt res ejuſdem qualitatis, & naturæ, *l. quidam relegatus ff. de reb. dub.* Et cùm in hoc legato non comprehendantur omnia mancipia, ſed ea tantum, quæ ad uſum fundi, vel patrisfam. pertinent, multò minus continebuntur nomina debitorum, & calendarium. Continentur igitur cæteræ res, quæ ad inſtruendum fundum, vel patremfam. ibi fuerunt: ſicut hujus generis mancipia continentur.

Tertiò, obſtat multò difficilior text. in *l. ult. ff. de pecul.* ibi: *Uni ex hæredibus prædia legavit, ut inſtructa erant, cum ſervis, & cæteris rebus, & quicquid ibi eſſet. Servi do-*

mini debitores fuerunt tam ex aliis cauſis, quam ex ratione calendarii. quæſitum eſt, an cæteris heredibus adverſus eum pecuniæ ab his debitæ actio de peculio competat? Reſpondit, non competere.

Reſpondetur, hoc legato non comprehendi calendarium, ſed id, quod ſervi domino
9 debebant ratione calendarii. Neque id continetur propter illa verba generalia legati, *& quicquid ibi eſſet*: nam etſi legata eſſent prædia cum ſervis, tamen legatarius de peculio conveniri non poſſet ab hæredibus ratione ejus, quod ſervi dominis debebant *l. filioſam.* 54. *ff. de pecul.* Ratio eſt, quia cùm ſervi dominus ſit hæres, cui ſervus prælegatus eſt, non autem alii cohæredes, non poteſt ſervus quicquam debere cohæredibus, qui neque domini ſunt, nec ullam actionem habere poſſunt contra dominum ſervi, quia nec defunctus, cui ſervus debebat, ullam actionem habebat *l. & ancillarum §. ſed ipſi ff. eod* Poteſt quidem dominus de peculio deducere quod ſibi debetur, quia id quod domino debetur, in peculio non eſt *l. depoſiti* 5. *in fin. ff. de pecul.* non tamen habet ullam actionem, cùm ſervus naturaliter tantùm obligetur *l. nec ſervus* 41. *ff. eod. l. naturales* 10. *ff. de oblig. & act.* Cùm igitur nullam actionem defunctus haberet ad conſequendum id, quod ſibi à ſervo debetur, nec potuit eam ad hæredes tranſmittere *l.* 1. *§. Scævola ff. ſi is qui teſtam. liber. eſſe juſſ. l. ult. C. de hæred. act. l.* 1. *C. ſi cert. petat.*
10 Planè cùm peculium ipſum legatur, poſſunt hæredes retinere id, quod ſervus domino debebat, non jure actionis, ſed exceptionis *l. cui conſequens* 18. *ff. de pecul.* quia id, quod domino debetur, peculium minuit, & legato non continetur *l. ſi peculium §. ſicut autem ff. de pecul. legato.* Sed hîc peculium legatum non eſt *l. quæſitum §. Celſus ſcribit ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* & ea ſolùm legato continentur ex peculio, quæ ſunt ex prædiis legatis, & ad ea prædia pertinent, & in prædiis ſunt, ut ibi ſunt *l. fundo legato §. fundo ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* Non autem nomina debitorum.

II.

De pecuniâ numeratâ.

De calendario, & nominibus debitorum res eſt confecta: non adeò eſt ad explicandum expedita quoad pecuniam numeratam. Diſtinguendum enim eſt inter pecuniam, quæ fœnerandi, vel expendendi causâ ibi habetur; eamque, quæ ibi eſt præſidii causâ.

De pecuniâ, quæ fœnerandi causâ eſt in aliquo loco Pomponius ait in *l. ſi fundus* 44. 11
ff. de leg. 3. *Si fundus legatus ſit cum his, quæ ibi erunt: quæ ad tempus ibi ſunt non videntur legata, & ideò pecuniæ, quæ fœnerandi causâ ibi fuerunt, non ſunt legatæ.* Ubi obſervandum, quòd ratio, quâ movetur JC. ad ſtatuendum pecuniam fœneratitiam non eſſe legatam, convenire etiam pecuniæ, quæ expendendi causâ ibi habetur.

De eâdem pecuniâ Proculus in *l. ſi ita legatum* 86. *ff. de legat.* 3. *Si ita legatum eſt, domum, quæque mea ibi erunt cum moriar, nummos ad diem exactos à debitoribus, ut aliis nominibus collocarentur, non puto legatos eſſe: & Labeonis diſtinctionem valdè probo, qui ſcripſit, nec quod caſu abeſſet, minus eſſe legatum, nec quod caſu ibi ſit, magis eſſe legatum.*

De pecuniâ in genere Paulus in *l. quæſitum* §. 1. *ff. de leg.* 3. ubi cùm relictus eſſet fundus Sempronianus cum ſuis inhabitantibus, id eſt, familiâ, & quæ ibi erunt: reſpondit, nomina, & nummos non videri 12
deberi.

Et in *l. ſi mihi Mævia* 92. *§. his verbis ff. eod. His verbis domibus legatis: Fidei heredum meorum committo, uti ſinant eum habere domus meas, in quibus habito, nullo omninò excepto, cum omni inſtrumento, & repoſitis omnibus: non videri teſtatorem de pecuniâ numeratâ, aut inſtrumentis debitorum ſenſiſſe.* Ex quâ lege illud etiam docemur, quòd licèt legatum relictum ſit verbis univerſalibus, cujuſmodi ſunt illa: *repoſitis omnibus, nullo omninò*

omninò excepto: tamen pecuniam numeratam non comprehendit. Quod confirmat Scævola in *l. uxorem* 41. §. *legaverat ff. de leg.* 3. ubi verba legati, *quicquid in patria Gadibus poſſideo*, non continent pecuniam, quæ in arca Gadibus inventa eſt, vel ex diverſis nominibus exacta, & ibi depoſita.

De pecunia redacta ex venditione purpuræ, quod non contineatur legato tabernæ purpurariæ cum ſervis inſtitoribus, & purpuris, Papinianus in *l. prædiis* §. *pater ff. de leg.* 3. licet nomine tabernæ contineantur
13 merces, & omnia quæ in taberna deprehenduntur *l. cùm tabernam* 34. *ff. de pignor.*

14 Contrà verò pecunia præſidii causâ ſepoſita legato continetur. Tradita fuit hæc diſtinctio à Proculo, cujus auctoritate Celſus in *l. ſi chorus* 79. §. *his verbis ff. de leg.* 3. ait: *His verbis, quæ ibi mobilia mea erunt, do, lego: nummos ibi repoſitos, ut mutui darentur, non eſſe legatos Proculus ait: at eos quos præſidii cauſâ repoſitos habet, ut quidam bellis civilibus factitaſſent, eos legato contineri: & audiſſe ſe ruſticos ſenes ita dicentes, pecuniam ſine peculio fragilem eſſe: peculium appellantes, quod præſidii cauſâ ſeponeretur.*

Quæ ſit pecunia præſidii causâ repoſita, ac ſepoſita, dubitant Interpretes noſtri: & alii alia comminiſcuntur. Ego indubitatum exiſtimo eam eſſe, quam providus paterfam. ideò ſeponit, & condit, ne eam in quotidianos uſus expendat, neve mutuetur ac fœ-
15 neretur: ſed ut perpetuò ibi habeat, tamquam præſidium adverſus fortuitos, & inopinatos caſus; ut ſi caſus aliquis improviſus obvenerit, promptam, paratamque pecuniam habeat in numerato, qua poſſit occurrere ingruenti calamitati, aut adverſæ fortunæ reſiſtere. Et ideò rectè dicebant ruſtici illi Veteres, pecuniam ſine peculio fragilem eſſe, peculium appellantes, quod præſidii causâ ſeponeretur. Nam cùm facile poſſint fortuiti iſti caſus evenire: ſi quis ſepoſitam non habeat pecuniam, qua poſſit impetum fortunæ adverſantis eludere, aut calamitati ſuccumbere cogetur, aut bona vendere, aut pecuniam mutuari, quo fiet, ut progreſſu temporis fœnore trucidetur. Hoc autem bellis civilibus maximè factitatum fuit: nam imminentibus graviſſimis periculis, homines providi fiunt; & cùm nemo prænoſcere poſſet, quis futurus eſſet rerum exitus, & undique turbulentiſſimas tempeſtates, & luctuoſas calamitates impendere providerent, pecuniam ſeponebant, & condebant, ut ſi quis adverſus caſus incidiſſet, eâ poſſent vel ſe à factioſis civibus redimere, vel ſi Patria foret relinquenda, inde peterent vitæ ſubſidia. Hinc repoſita, ac ſepoſita præſidii causâ dicitur hujuſmodi pecunia, quia tamquam theſaurus reponebatur, ut præſidio eſſet adverſus ſubitos, & calamitoſos eventus: quamobrem rectè theſauri ſimilitudine utitur Labeo apud Javolenum in *l. ſi uxori. penult.* § 1. *ff. de aur. & arg. leg.*
Peculium etiam dicebatur, quia quemadmo- 16
dum peculium eſt id, quod dominus ſeponit, ac ſeparat à ſuis rationibus, & ſervo dat adminiſtrandum *l.* 5. §. *ult. ff. de pecul. l. per ſervum* 37. § 1. *ff. de acquir. rer. dom.* ita hæc pecunia rectè peculium dicitur, quia ſepoſita eſt, & ſeparata ab alia pecunia, & à rationibus domini, cùm neque expendendi, neque fœnerandi causâ habeatur: ſed theſauri loco repoſita, & certo in loco condita detineatur. Quibus expoſitis conſtat, cur ea contineatur in legato mobilium certo loco exiſtentium, quia ibi habeatur ut perpetuò ibi ſit, non temporis causâ. Quamvis enim occurrente aliquo caſu inopinato, & urgente neceſſitate paterfam. eam ſit expenſurus; tamen hoc fortuitò accidet, & præter opinionem, & cùm primum poterit, aliam loco illius ſubrogabit. Neque enim ut aliquid perpetuò ibi eſſe dicatur, neceſſe eſt, ut numquam poſſit amoveri: nam & ſervi, & animalia perpetuò eſſe dicuntur in fundo, licet facilè intereant, & mobilia, licet uſu conſumantur. Hac igitur in re ſpectatur ſolummodò deſtinatio patrisfam. ut diximus, hoc eſt, an res deſtinatione patrisfam. ibi eſſe ſoleat. *l. ſi uxori.* §. *cùm ita ff. de aur. & arg. leg.* & quod caſu abeſt, ibi eſſe videtur *l. ſi ita legatum ff. de leg.* 3. 17
l. ex facto 35. §. *rerum ff. de hæred. inſt.*

Sed his, quæ hactenus conſtituimus do-

Digitized by Google

pecunia numerata, obſtat primò text. in *l. ſi uxori pen. §. cùm ita ff. de aur. & arg. leg.*
18 ubi legato argento quod domi meæ erit, cùm moriar, debetur etiam argentum domi depoſitum: ergò in legato omnium rerum, quæ domi ſunt, continebitur non ſolum pecunia, quæ ibi habetur præſidii causâ, ut ibi perpetuò ſit, ſed etiam alia quæcumque pecunia. Depoſitum enim quandocumque repeti poteſt à deponente, etiamſi convenerit ne intra certum tempus repetatur *l. 1. §. eſt autem & §. ſi depoſuero ff. depoſ.*

Reſpondetur primùm, non eamdem eſſe rationem argenti, & pecuniæ numeratæ. Pecunia ſemper eſt alienationi parata, & in arca haberi ſolet ad expendendum, vel fœnerandum: argentum ibi habetur ad uſum
19 patrisfam. & vendi quidem poteſt, non autem expendi in uſus quotidianos. Itaque argentum, niſi fuerit venale, continetur legato rerum domi exiſtentium. *l. Gajus Sejus 86. in princ. ff. de leg. 2.* Præſertim quia ibi non agitur de legato generali omnium rerum, quæ domi ſunt, ſed de legato argenti in ſpecie.

Sed ut ad rem propius accedamus, & ejus legis explicationem aggrediamur: animadvertendum eſt ibi agi de argento commodato, & depoſito, & de utroque quæri, an legato contineatur. Non tamen utrumque eodem modo accipiendum eſt. Nam argentum commodatum accipi debet, quod ab alio fuit teſtatori commodatum. Contrà argentum depoſitum, id quod à teſtatore fuit alibi depoſitum. Et ideo cùm de argento depoſito loquitur J. C. adjecit illa verba, *quod depoſitum à ſe*, non poſſet intelligi de argento depoſito apud teſtatorem, quæ verba omiſit in argento commodato, ut intelligeremus ibi agi de argento, quod ſibi commodatum teſtator reliquit.

Argentum igitur teſtatori commodatum legato non continetur, quia licet domi fuerit inventum, cùm teſtator mortuus eſt: tamen cùm caſu ibi fuerit, nec eſſe ſoleret, non videtur domi fuiſſe: nam verba illa, *quod domi meæ erit*, ſic accipi debent, *eſſe ſolebat. d. l. ſi uxori §. 1. in fin. l. ſi fundus 44. l. ſi ita legatum 86. ff. de leg. 3.* Et ideò 20
de argento commodato nulla fuit inter Ofilium, Caſcellium, & Labeonem controverſia: nam nec ea quæ pignori teſtator habebat, continentur *l. qui habebat 101. in princ. ff. de legat. 3.* Non poſſunt autem hæc intelligi de argento, quod teſtator alii commodaverat. Etenim de hoc non potuiſſet inter Labeonem, & alios convenire, cùm ratio, quam Labeo adducit, omninò repugnet: quoniam argentum alteri à teſtatore commodatnm eſſe ſolebat in domo, & ideò debet legato comprehendi, ſicut continetur pecunia alibi à teſtatore depoſita præſentis cuſtodiæ causâ *d. l. ſi uxori §. 1. ff. de aur. & arg. leg.* Repugnat etiam alia regula ab eodem Labeone tradita, quam refert J. C. in *l. ſi ita legatum 86. ff. de legat. 3.* videlicet legato contineri etiam id, quod caſu abeſt.
Quæ regula apud omnes Veteres Juriſconſultos obtinuit *l. quæſitum 78. §. fin. ff. de leg. 3. l. ex facto 35. §. rerum ff. de hæred. inſt. l. quæſitum. §. Papinianus quoque, & §. ſeq. ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* & alibi paſſim. 21

Argentum verò alibi à teſtatore depoſitum legato continetur, ſi præſentis cuſtodiæ cauſâ depoſitum fuerit, ut interim in tutiore loco eſſet *d. l. ſi uxori §. 1. ff. de aur. & arg. legato.* Quod enim caſu abeſt, non minuit legatum, ut modò diximus. Et quod alio 22
tranſlatum eſt ad tempus, ut poſtea in priſtinum locum revertatur, abeſſe non videtur, & legato continetur *l. ex facto 35. §. rerum. verſ. cæteroquin ff. de hæred. inſt.* Quò pertinet text. in *l. cui quæ Romæ 84. ff. de leg. 3.* ibi: *Cui, quæ Romæ eſſent, legata ſunt, ei etiam quæ cuſtodiæ cauſâ in horreis extra Urbem repoſita ſunt, debentur.* Neque enim aſſentior iis, qui putant ibi agi de horreis, quæ ſunt in continentibus Urbis Romæ: tùm quia generaliter id traditum de horreis extra Ur-
bem, quare continentur etiam horrea, quæ 23
ſunt extra continentia: tùm quia fruſtrà adjecta eſſent illa verba, *cuſtodiæ cauſâ*: nam quæ ſunt in continentibus Urbis Romæ, ſemper continentur legato rerum, quæ Romæ ſunt. *l. 4. §. ſi ita legetur ff. de penu leg.* Sicut

igitur legatis his, quæ Romæ ſunt, continentur ac debentur etiam quæ extra Urbem cuſtodiæ cauſâ tranſlata ſunt: ita legato argentó, quod domi erit, continetur, ac debetur etiam argentum, quod aliò præſentis cuſtodiæ cauſâ tranſlatum eſt, & ibi depoſi-
24 tum. Ubi obſervandum, quòd hîc deponendi verbum non refertur ad contractum depoſiti, ſed ad factum ponendi pecuniam tuto in loco cuſtodiæ cauſâ, ut in *l. uxorem* 41. *§. legaverat ff. de legat.* 3. ibi: ***An pecunia, qua in arca domi Gadibus inventa eſſet, vel ex diverſis nominibus exacta, & ibi depoſita. l. numquam nuda*** 31. *§.* 1. *ff. de acquir. rer. dom.*

Si verò argentum non ad tempus præſentis cuſtodiæ cauſâ fuerit alibi collocatum, ſed perpetuæ cuſtodiæ cauſâ depoſitum; legato non continebitur, nec legatario debebitur *d. l. ſi uxori §.* 1. *ff. de aur. & arg. leg.* hoc enim argentum non poteſt videri domi eſſe, cùm aliò tranſlatum ſit, non temporis cauſâ, ſed ut perpetuò alibi ſit, ibi conditum quaſi the-
25 ſaurus. Licèt enim verè theſaurus non ſit is, cujus depoſitionis extat memoria *l. numquam nuda §.* 1. *ff. de acquir. rer. dom.* tamen & hæc pecunia condita cuſtodiæ cauſâ theſaurus appellatur *l. peregrè. in princ. ff. de acquir. poſſ.* Et hæc eſt pecunia, quæ præſidii cauſâ repoſita dicitur, & legato contineri in *l. ſi chorus ff. de leg.* 3. quia ibi eſſe videtur, ubi perpetuæ cuſtodiæ cauſâ condita eſt *d. l. ſi uxori ff. de aur. & arg. leg.* Hæc autem paulò uberius, & accuratius expoſuimus, ne quis in eorum ſententiam eat, qui putarunt hanc legem emendandam fore.

Secundò obſtat text. in *l. qui filium* 64. *ff. de leg.* 3. ubi legatis prædiis, & his, quæ ibi erunt, excepto calendario, ſola ea pecunia excepta intelligitur, quæ calendario fuit à teſta-
26 tore deſtinata. Ergò reliqua pecunia, quæ calendario deſtinata non eſt, debetur, & continetur legato rerum, quæ in prædiis ſunt.

Reſpond. quòd cùm teſtator exceperit calendarium, hoc eſt, pecuniam fœneratitiam, videtur voluiſſe legato comprehendere aliam pecuniam, quam non excepit. *Nam qui hæc excepit, non poteſt non videri de cæteris rebus, quæ in ea eſſent, ſenſiſſe*: ut ait Neratius in *l. quæſitum. §. idem reſpondit* 43. *verſ. denique Neratius ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* Conſtat enim teſtatorem, qui excipit ea, de quibus non poterat dubitari, quin etiam eo tacente fuiſſent excepta, nolle excipere ea, de quibus major eſt dubitatio: quoniam multò magis hæc excepiſſet, ſi noluiſſet legato comprehendi. Exceptio enim declarat mentem teſtatoris etiam quoad ea, quæ legato comprehenduntur *l. nam quod liquida* 4. *in fin. ff. de penu leg.* Sic etiam legatum univerſale, in quo teſtator nominatim voluit comprehendere etiam nomina debitorum, comprehendit etiam pecuniam numeratam *l. his verbis* 102. *ff. de leg.* 3. quia facilius com- 27
prehenditur pecunia, quàm nomina debitorum; & ideò qui voluit legare etiam nomina debitorum, & cautiones in lateralibus viatoriis conditas, multò magis voluit legare pecuniam. Præſertim quia lateralia viatoria, hoc eſt, capſulæ, ſeu ſacculi, qui in itinere ephippiis utrimque ad latera alligantur, non multò plura poſſunt comprehendere. Itaque etſi quis legaſſet quicquid in arcula conditum eſt, non dubitarem legato pecuniam in arca conditam contineri, ſi in arca illa ſolebat teſtator pecuniam condere: quod abſque controverſia obtineret, ſi nominatim expreſſiſſet ſe legare etiam chirographa, & cautiones in arca conditas, ut in *d. l. his verbis ff. de leg.* 3.

Denique contrarius eſt text. in *l. prædia §. liberto ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* ubi pecunia continetur in legato per præceptionem, in quo teſtator liberto legaverat *fundum Ti-* 28
tianum, & agellum Sempronianum cum inſtrumento, & his quæ in eodem erunt, familiaque, quæ in eo fundo moratur, exceptis his, quos manumiſero.

Rectè doctiſſimus Cujac. *ad Africanum* in *l. qui filium ff. de leg.* 3. ait, hoc Scævolæ reſponſum ſine emendatione defendi non poſſe. Itaque legendum putat: *non contineri, niſi contrariam voluntatem libertus approbet.*

Aliqui exiſtimant nummos in hoc legato contineri, propter illam exceptionem ſervorum, quos manumiſiſſet. Ut enim diximus ad ſuperius argumentum, cùm nemo dubi-

tare poſſet non comprehendi ſervos manumiſſos, & tamen teſtator eos nominatim exceperit, videtur alia omnia non excepta voluiſſe comprehendere: maximè ea, de quibus multò magis poterat dubitari. Verum enim verò cùm hæc exceptio ſolummodò reſpiciat familiam ſervorum, dubito an poſſit extendi ad pecuniam numeratam. Poteſt quidem efficere ut ſervi omnes comprehendantur,
29 etiam illi, qui aliàs non comprehenderentur: an autem poſſit efficere, ut comprehendatur pecunia numerata, quæ nihil attinet ad ſervos, & certò non comprehenderetur, valdè dubito. per text. in *l. generali §. uxori ff. de uſufr. leg.* de quo infrà, & in *l. Seja. in princ. ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.*

Si hæc cuiquam minus arrideant, defendi non poterit Scævolæ reſponſum, niſi aut dicamus, ſeu potius divinemus, ibi agi de nummis præſidii cauſæ repoſitis, qui legato continentur *l. ſi chorus 79. ff. de leg. 3.* aut potius de nummis ad uſum familiæ deſtinatis. Cùm enim Veteres per ſervos prædia colerent, & in ea lege proponatur legata tota familia, utique pecuniâ opus erat ad fami-
30 liam illam exhibendam. Rectè Seneca *Epiſt. 17.* ait, ad paſcendam ſervorum turbam tranſmarinarum regionum fuiſſe optandam fertilitatem. Quæ ſanè non ſunt improbabilia: nam quorſum pecuniam in prædiis habeat paterfam. niſi vel ut eam quaſi theſaurum præſidii cauſâ depoſuerit, atque condiderit, ut in *d. l. ſi chorus*, & in *l. ſi uxori §. 1. ff. de aur. & arg. leg.* vel ut eâ utatur tamquam fundi inſtrumento ad paſcendos, & veſtiendos ſervos, per quos opera ruſtica exercentur. Illud etiam tentari poſſet, nummos illos fuiſſe pretium vini venditi, quod teſtator exegerat: & ſicut vinum legato continetur, ita & pretium ejus. Sed hoc vix poterit defendi propter auctoritatem text. in *l. prædiis §. pater ff. de leg. 3.* niſi dicamus teſtatorem ad alendam & exhibendam familiam urgente neceſſitate vinum vendidiſſe. Sed de hoc infrà, cùm de fructibus agemus.

III.

De rebus venalibus.

Res venales legato rerum in aliquo certo loco exiſtentium non continentur *l. generali 32. §. uxori ff. de uſu & uſufr. leg.* ubi quis legavit uxori uſumfructum domuum, & omnium quæ in his domibus erant, excepto argento. Reſpondit Scævola: neque argen- 31
tum, neque ea, quæ mercis cauſâ comparata ſunt, legato contineri. Eſt autem animadvertendum, quod licet legatum ſit univerſale omnium rerum, & addita ſit exceptio argenti, nihilominùs hæc duo non efficiunt, ut merces legato contineantur. Quemadmodum non continentur, etiamſi in ſpecie legatum ſit ornamentum omne muliebre; quo legato non continetur argentum, quod teſtator negotiandi cauſâ venale habebat. Quod magis eſt, nam in hac lege legatum erat in ſpecie ornamentum muliebre: legatum erat univerſaliter omne ornamentum: nullus 32
certus locus erat aſſignatus, cujus circumſcriptio legatum reſtringeret: & tamen non continetur ornamentum, quod negotiandi cauſâ teſtator venale ſolebat proponere.

Confirmatur per text. in ead. *l. generali §. idem quæſiit 3. de uſufr. leg.* ibi: *Reſpondit, de his legandis, quæ venalia ibi eſſent, non ſenſiſſe teſtatorem.*

Idem traditum in *l. nam quod liquidè 4. §. item ff. de penu leg.* ibi: *Item ſi quis ſolitus fructus ſuos vendere, penum legaverit, non omnia, quæ & promercii cauſâ habuit, legaſſe videtur, ſed ea ſola, quæ in penum ſibi ſeparabat. Quòd ſi promiſcuè uti ſolebat, tunc quantum ad annuum uſum ei ſufficeret, familiæque ejus, cæterorumque, qui circa eum ſunt, legato cedet.*

In *l. cùm quæreretur 60. §. lanæ ff. de leg. 3. Cùm penus legata eſſet, & multas res, quæ penus eſſent, reliquiſſet, ex quibus paterfam. vendere ſolitus eſſet, &c. ſed cùm probaretur eum, qui teſtamentum feciſſet, partem penûs vendere ſolitum eſſe, conſtitutum eſſe,*

Digitized by Google

ut ex eo, quod ad annum opus eſſet, heredes legatario darent.

In *l. ſuos autem ſervos* 73. §. *eum qui ff. eod.* quidam legavit ſervos ſuos, qui venalitiariam vitam exercebat: hoc eſt, qui erat mango, nempè ſervorum mercator. Reſpondit Ulpianus: *Puto ſuorum numero non facilè contineri velle ejuſmodi mancipia, niſi evidens voluntas fuit etiam de his ſentientis: nam quos quis comparavit, ut illicò diſtraheret, mercis magis loco, quàm ſuorum habuiſſe credendus eſt.* Si non continentur legato ſervorum ſuorum, licèt verè, & propriè ſint teſtatoris, multò minus continebuntur legato ſervorum alicubi exiſtentium, in quo loci deſignatio, ac circumſcriptio manifeſtè eos excludit, cùm caſu, & ad tempus ibi ſint.

Præter has leges manifeſta ratio excludit res venales à legato rerum certò loco exiſtentium. Nam teſtator, qui res illas vendere deſtinavit, certè in loco illo collocavit ad tempus, donec eas venderet, non verò ut
33 ibi perpetuò eſſent. Sunt enim omninò contrariæ hæ duæ voluntates, ac deſtinationes, quòd voluerit, ac deſtinaverit eas vendere, & ſimul voluerit, ac deſtinaverit eas ibi perpetuò habere; ſed indubitatum eſt legato non contineri res, quas teſtator ad tempus ibi collocavit, non ut perpetuò ibi eſſent *l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hered. inſtit. l. debitor* 32. *ff de pign. & hypoth. l. ſi fundus* 44. *l. qui ſultum* 67. *l. ſi ita legatum* 86. *ff. de leg.* 3. *l. cùm de lanionis* §. *Sabinus ff. de inſtr. vel inſtrum. leg. l. pen.* §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.* Ergò & illud indubitatum eſt, res venales legato non contineri.

Hinc defendi non poteſt quorumdam ſententia, exiſtimantium legato quidem non contineri res venales, quæ mercimonii, & negotiationis cauſâ fuerunt à teſtatore comparatæ, ut illicò venderentur, ut videtur indicari in *l. ſuos autem* 73. §. *eum qui ff. de leg.* 3. & in *l. pediculis* §. *idem cùm quæreretur ff. de aur. & arg. leg. l. generali* §. *uxori. verſic quæſitum eſt ff. de uſu, & uſufr. leg.* contineri tamen res proprias ip-
34 ſius teſtatoris, veluti fructus prædiorum, licet eos vendere deſtinaverit, quia hi neque promercii cauſâ habentur, neque ſunt in numero mercium.

Etenim eadem ratio, quæ ſuadet non contineri legato rerum certo loco circumſcriptarum res venales negotiationis cauſâ comparatas, ſuadet etiam non contineri alias res venales, quomodòcumque eas ad vendendum paterfam. deſtinaverit: quia neutræ in loco eſſe videntur, cùm ibi ſint ad tempus, donec emptorem invenerint. Poſſet fortaſsè hoc diſcrimen aliquâ animadverſione dignum eſſe in legato rerum ſuarum, de quo in *l. ſuos autem* 73. §. *eum qui ff. de leg.* 3. Nam teſtator videri poteſt magis in numero rerum ſuarum habere fructus, quos ex ſuis prædiis comparavit, licet eos vendere deſtinaverit, & alias res hujus generis, quàm eas, quas negotiationis cauſâ comparavit, ut diſtraheret. Cæterùm quando agitur de circumſcriptione loci, & de deſtinatione patriſf. quoad certum locum, eadem eſt omninò omnium rerum venalium natura: omnes enim eodem modo ſunt in loco; nempè ad tempus, donec vendantur. Et ideò generaliter Scævola tradidit in *l. generali* § *idem quæſiit ff. de uſufr. leg. de his legandis quæ venalia ibi eſſent, non ſenſiſſe teſtatorem*, licet ibi ageret de fructibus in fundo collectis. Et in *l. nam quod liquidæ* 4. §. 2. *ff. de pen. leg.* Paulus ait, eum, qui ſolitus eſſet fructus ſuos vendere, non videri eos legato voluiſſe comprehendere. Nec diſſimile eſt quod traditur in *l. cùm quæreretur* §. *lana ff. de leg.* 3.

Neque verum eſt, quod aſſumitur, haſce res numero mercium non contineri, nec promercii cauſâ haberi, & ideò propriè venales non eſſe, etiamſi ad vendendum fuerint deſtinatæ. Sunt enim hæ quoque merces 35
l. ult. ff de condict. tritic. ibi: *ſi merx aliqua petita ſit, veluti vinum, oleum, frumentum.* Et merx eſt omne quod venditur *l.* 1. *in princ. & in* §. 1. *verſ. ſed verior eſt ff. de contr. empt.* itaque mercis cauſâ habetur, quod vendendi cauſâ habetur *l.* 1. *in princ. ff. de rer. permut. l.* 1. §. *magiſtri ff. de exercit. action. &* §. *igitur* 12. *verſ. ſed & ſi certis. ibid. l. mercis*

66. *ff. de V. S.* Et hæ res mercis numero habentur *l. ſi ita fidejuſſorem* 42. *ff. de fidejuſſ. l. cùm quis in diem* 22. *ff. de oblig. & act. l. arbitrio* 18. *§. de eo ff. de dolo.* & paſſim. Item promercii causâ haberi dicuntur fructus, quos teſtator vendere ſolitus eſt *l. nam quod liquidæ* 4. *§.* 2. *ff. de pen. leg.* Et promercii causâ haberi dicuntur, quæ quis deſtinavit ad vendendum *l.* 2. *ff. ad leg. Jul. de vi publ. l.* 3. *§. item is cujus, ff. ad Leg. Corn. de ſicar. l. cætera §. ſed ſi quis ff. de leg.* 1. Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 23. *Qui hominem invitum libidinis, aut promercii causâ caſtraverit.* Item venales dicuntur fructus in prædiis à teſtatore collecti in *l. generali §. idem quæſiit ff. de uſufr. leg. l.* 1. *C. de V. S.* Et in legatis in quibus venalia non continentur, neque continentur hujuſmodi fructus, ut in legato pecoris *d. l.* 4. *§.* 4. *ff. de pen. leg. junctâ l. cùm quæreretur §. lana ff. de leg.* 3. & in legato fundi inſtructi *l.* 2. *C. de V. S. junctâ l. quæſitum §. ſed ſi fundus. verſ. hoc ergo legato. & l. ſi ita. in princ. & l. ſi mancipia. in fin. ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.*

Nec ad rem facit, quòd in laudatis legibus proponantur exempla mercatorum, qui negotiandi causâ merces venales habent. Nam hoc factum eſt à veteribus Juriſconſultis exempli causâ, quia id in mercatoribus multò frequentius accidit, ut notat Paulus in *l. nam quod liquidæ* 4. *§.* 2. *in fin. ff. de pen. leg.* ubi propoſito generaliter caſu ejus, qui fructus vendere ſolebat, poſtquam ſtatuit hos fructus, aliaſque res venales non comprehendi legato, ſubdit: *quod ferè, inquit Sabinus, evenit in perſonis mercatorum.* Maximè quia in *l. ſuos autem* 73. *§. cum qui ff.*
36 *de leg.* 3. agitur de ſervis, qui venales haberi non ſolent, niſi à mangonibus, qui eos mercantur, ut vendant. Nam ſervi mercis appellatione non continentur, & mangones non mercatores, ſed venaliciarii vocantur *l. mercis* 207. *ff. de V. S. l.* 1. *§.* 1. *ff. de tribut. act.* Et in *l. pediculis §. idem cùm quæreretur ff. de aur. & arg. leg.* agitur de muliere negotiatrice, quia ejuſmodi factum Paulo propoſitum fuit decidendum. Eſt enim illud reſponſum Pauli ad factum propoſitum. Quin etiam legatus erat mundus muliebris, qui apud mulieres non ſolet eſſe venalis, niſi apud mulierem negotiatricem.

Unica igitur ſupereſt hujus ſententiæ exceptio, quæ proponitur in *l. quæſitum §. idem reſpondit* 43. *verſ. ſed & ipſe Papinianus ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* ibi: *Sed & ipſe Papinianus eodem libro Reſponſorum ait, patrem mercatorem ac fœneratorem, qui duos* 37
filios, totidemque filias hæredes inſtituerat, ita legaſſe: filiis maribus domum meam inſtructam do, lego, darique jubeo: merces, & pignora an contineantur quæri poſſe? Sed facilem Judici voluntatis conjecturam fore, cæteris patris facultatibus examinatis. Sed in hac ſpecie multa concurrunt, quî fiat hæc conjectura. Inſtituti hæredes erant filii tàm mares, quàm fœminæ. Teſtator voluit prælegato diſtinguere mares à fœminis, ut par eſt, ſi magnæ ſint teſtatoris facultates, & præ illis tenue legatum, veriſimile eſt teſtatorem, qui præ filiabus voluit honorare filios, voluiſſe etiam legatum quam pinguiſſimum relinquere. Teſtator erat mercator, ac fœnerator, ac propterea veriſimile eſt hoc caſu voluiſſe comprehendere etiam merces, & pignora pecuniæ creditæ: mercatorum enim patrimonium ferè conſiſtit in mercibus, & mercatores conſiderant merces non aliter, ac alia bona. Ex quibus conſtat, quàm abſurda ſit eorum ſententia, qui putant merces in legato non contineri ſolummodò, quando teſtator erat mercator, quam modo confutavimus. Imò verò ex eo, quòd teſtator eſſet mercator, ac fœnerator, Papinianus conjecturam ducit, poſſe merces, & pignora contineri. Neque enim ſine cauſa utrumque expreſſit: ſed mercatorem dixit eſſe, ut facilius conjicere poſſimus, eum voluiſſe comprehendere etiam merces: dixit eſſe fœneratorem, ut facilius argui poſſit, voluiſſe comprehendere etiam pignora.

Poteſt addi & alia exceptio: ſi legata ſint ea, quæ tabernæ exercendæ, inſtruendæve causâ parata; nam tunc legato merces continentur *l. ſi ita* 15. *in princ. ff. de inſtr. vel* 38
inſtrum. leg.

Digitized by Google

IV.

Supereſt, ut de fructibus videamus. Fructus ex fundo legato percepti, & in eo coacti, an contineantur legato rerum in fundo exiſtentium, inter doctiſſimos Homines eſt magna diſſenſio. In hac quæſtione petenda diſtinctio eſt à deſtinatione patrisfam. quæ plurimum eſt attendenda in hujuſ-
39 modi legatis *l. cùm de lanionis §. item. verſ. optimum. l. fundi inſtrumento ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* ſi paterfam. hos fructus ad uſum ſuum familiæque deſtinavit, legato continentur: ſi verò eos deſtinavit ad vendendum, legato non continentur.

Probatur id primò, quia res venales, legato non continentur, ut luculenter in §. ſuperiore demonſtravimus. Sed fructus deſtinati ad vendendum, ſunt res venales, licet
40 ex ipſo fundo percepti fuerint *l. generali. §. idem quæſiit 3. ff. de uſufr. leg.* ubi licet agat de ſale nato, ac percepto in ſalinis teſtatoris, tamen ipſum recenſet inter venalia, ibi: *Reſpondit, de his legandis, quæ venalia ibi eſſent, non ſenſiſſe teſtatorem.* Et in *l. 1. C. de V. S.* ibi: *Quamvis ex fructibus vinum, & oleum in eodem fundo habuit: tamen ſi id venale fuit, legato non cedere Juris Auctoribus placuit.* Sed hoc uberius probavimus in *§. ſuperiore. verſic. Neque verum eſt.*

Secundò, quia quoad hujuſmodi legata comparantur fructus prædii venales rebus in prædium tranſlatis ad tempus cuſtodiæ causâ *l. 1. C. de V. S.* Sed res exiſtentes in prædio ad tempus cuſtodiæ causâ non continentur legato omnium rerum in prædio, vel fundo exiſtentium *l. ſi ita legatum 86. ff. de leg. 3. l. ſi fundus 44. ff. eod. l. qui ſaltum 67. ff. eod. l. pen. §. 1. ff. de aur. & arg. leg. l. ex facto 35. §. rerum ff. de hered. inſtit.* & aliæ initio relatæ.

Tertiò, quia ea, quæ ad vendendum ſunt deſtinata, perindè habentur, ac ſi vendita fuiſſent, quoad hujuſmodi legata: quemadmodum pecunia calendario deſtinata continetur legato calendarii, & contrà, excepto calendario, cenſetur excepta etiam pecunia calendario deſtinata *l. qui filium 64. ff. de* 41
leg. 3. Eadem igitur ratione legato rerum in fundo exiſtentium, non continentur fructus venditioni deſtinati, quemadmodùm non continerentur, ſi jam venditi fuiſſent. Deſtinatio patrisfam. quæ efficit, ut calendario adſcribantur pecuniæ, quæ non ſunt calendarii, efficit etiam ut rebus venditis adſcribantur res, quæ nondum venditæ ſunt.

Quartò, quia comparatur legatum fundi cum his, quæ ibi ſunt, legato fundi cum inſtrumento *l. ex facto §. rerum. verſic. ut eſt apud Mucium ff. de hered. inſtit.* & in neutro legato contineri ea, quæ agro illi non eſſent deſtinata, ex Mucii ſententia tradit Ulpia- 42
nus. Undè duplex deduci poteſt argumentum. Primum, quod cùm legato contineantur ſolummodò ea, quæ fundo ſunt deſtinata: & fructus deſtinati ad vendendum non ſint deſtinati fundo, utique fructus ad vendendum deſtinati legato non continentur. Alterum, quod comparantur hæc duo legata: fundi inſtructi, & fundi cum rebus quæ ibi ſunt: ſed legato fundi inſtructi, vel fundi cum inſtrumento, non continentur fructus prædiorum ibi repoſiti, ut vendantur, vel ut in alium uſum, quàm fundi convertantur *l. 1. C. de V. S. l. quæſitum* 43
§. ſed ſi fundus 27. verſ. hoc ergò legato. l. ſi ita. in princ. l. ſi mancipia. in fin. ff. de inſtr. vel inſtrum. leg. l. ſi mihi §. fin. & l. ſi ita 86. ff. de leg. 3. Et ſolum debetur frumentum, quod neceſſarium eſt ad exhibitionem mancipiorum, per quæ agri coluntur, & ad ferendos agros, etiamſi legatus ſit fundus ita ut optimus, maximuſque eſt, cum omni inſtrumento ruſtico, & urbano *l. cùm de lanionis §. item cùm fundus 9. ff. de inſtr. vel inſtr. leg.*

Quintò, quia fructus venales non differunt ab aliis rebus venalibus; nec ulla ratio eſt, cur hoc legatum debeat comprehendere fructus venales, cùm alias res venales non comprehendat: etenim omnibus legatis, quibus non continentur res venales, nec continentur fructus venales, ſeu deſtinati ad vendendum. Legatum penûs non continet res venales *l. cùm quæreretur §. lana ff. de*

Digitized by Google

leg. 3. l. qui penum 3. §. ligna ff. de penu leg. ibi : *Sed Rutilius ligna , & carbones , quæ non vendendi cauſâ parata ſunt , contineri ait.* Idem legatum nec continet fructus , quos teſtator vendere ſolitus erat *l nam quod liquidæ §. 2. ff. eod.* ibi : *Item ſi quis ſolitus fructus ſuos vendere , penum legaverit , non omnia , quæ & promercii cauſâ habuit , legaſſe videtur.* Legatum fundi inſtructi non continet res venales *l. quæſitum §. inſtructo autem fundo 34. ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* Idem legatum nec continet fructus venales *l. 1. C. de V. S. d. l. quæſitum §. Celſus 30. ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.*

Sextò , probatur ex *l. generali §. uxori ff. de uſufr. leg.* ubi legatus erat uſusfructus domuum , & omnium rerum , quæ in his domibus erant, excepto argento : item uſusfructus fundorum , & ſalinarum. Etiam legatum fundorum , & ſalinarum videtur comprehendere omnes res , quæ in his eſſent : *ad text.* in *l. Sejæ §. Gajo Sejo ff. de fund. inſtr.* ma-
45 ximè propter illam particulam *item* , quæ vim habet repetendi *l. in repetendis ff. de leg.* 3. Quæſitum eſt, cùm non minimus ſalis modus inventus eſſet, an ejus uſusfructus ad legatarium pertineret. Reſpondit Scævola : *De his legandis , quæ venalia ibi eſſent , non ſenſiſſe teſtatorem.* Sal erat fructus ſalinarum, ſed quia ex quantitate apparebat fuiſſe deſtinatum ad vendendum , legato non continetur. Et conſtat præterea ex hac lege eamdem eſſe rationem fructuum , & aliarum rerum venalium : cùm enim in hac lege agatur de fructibus fundi , tamen generaliter Scævola reſpondet de rebus venalibus ; quo evidenter demonſtrat idem eſſe judicium de fructibus , & de aliis rebus venalibus , ut in ſuperiore argumento dicebamus.

Neque ad rem facit , quod doctiſſimus Faber animadvertit *lib. 1. conject. cap. 6.* ibi legatum fuiſſe uſumfructum , non proprietatem ; atque idcircò non videri teſtatorem de rebus venalibus cogitaſſe. Hoc enim nulla ratione ſuffultum eſt ; quia poſt Senatusconſultum nulla res eſt , quæ non cedat in uſusfructûs legatum , ut ait J. C. in *l. uſufructu. bonorum 69. ff. ad Leg. Falcid.* Et ideò legato uſufructu bonorum , legato continentur, non ſolùm prædia tàm ruſtica , quàm urbana , & mancipia , & ſupellex , ſed etiam calendarium , & nomina debitorum , imò & fœnus ſortium , quas defunctus collocavit *l. uxori fructu 24. l. uxori meæ 37. ff. de* 46
uſu , & uſufr. leg. adeoque multò magis comprehendit res venales. Igitur natura uſusfructûs non reſtringit legatum , nec minus latè patet legatum uſusfructûs , quàm legatum proprietatis , atque omnia eadem complectitur *d. l. uſufructu bonorum ff. ad Leg. Falcid.* Alia ergò ratio quærenda eſt , cur in eo legato ſal non comprehendatur. Ea autem eſt communis tàm legato proprietatis, quàm legato uſusfructûs , & indicatur à Scævola illis verbis : *Reſpondit , de his legandis , quæ venalia ibi eſſent , non ſenſiſſe teſtatorem.* Sicut enim venalia non continentur, legatâ proprietate rerum alicubi exiſtentium ; ita nec continentur legato uſufructu. Et ratio eadem eſt in utroque legato , quia non videtur ibi eſſe , quod ad tempus , & cuſtodiæ causâ eſt accomodatum , ut aliò transferatur : quæ ratio ſuprà eſt expoſita luculentius , & pertinet tam ad legatum uſusfructûs , quàm ad legatum proprietatis.

Minus ad rem facit , quod quidam commenti ſunt , id Scævolam reſpondiſſe ſpecialiter de ſale , quia ſal à ſalinis extrahitur , quæ publicæ ſunt *l. inter publica 17. in fin. ff. de V. S. l. ſi quis ſine 11. C. de vectigal.* 47
Falſum enim omninò eſt ibi agi de ſalinis publicis : nam ſi publicæ fuiſſent illæ ſalinæ, fuiſſet inutile legatum *l. cùm ſervus 39. §. ſi verò Salluſtianos , & ſeqq. ff. de leg. 1. §. non ſolum Inſtit. tit. de legat.* Agitur ergò ibi de ſalinis privatis , quæ erant in prædiis teſtatoris : hæ autem omninò erant privatæ *l. forma §. ſalinæ ff. de cenſib. l. magis puto §. 1. ff. de reb. eor.* ut rectè notat Cujac. ad eam legem.

Poſtremo denique confirmatur ex *l. prædia §. affini ſuo ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* ubi quidam affini ſuo ita legavit : *Fundum Cornelianum , ita ut eſt inſtructus , cum omnibus rebus , & mancipiis , & reliquis colonorum dari*

48 *dari volo. Quæſitum eſt, an fructus ejuſdem fundi, qui ibi in diem mortis coacti manſerint, fideicommiſſo cedant, cùm pleniſſima teſtantis erga affinem voluntas ab eo quoque manifeſtetur, quòd reliqua colonorum ejuſdem poſſeſſionis ad eum pertinere voluerit? Reſpondit, in hujuſmodi ſcriptura poſſe reſponderi, hoc ſolum quærendum, an manifeſtè appareat defunctum id, de quo quæreretur, dari voluiſſe.* Nihil clarius: etiamſi conſtet de pleniſſima voluntate teſtatoris erga affinem ſuum, tamen fructus coacti non continentur legato, niſi manifeſtè appareat eos quoque teſtatorem dare voluiſſe.

Non ignoro in Pandectis Florentinis legi: *dari noluiſſe.* Sed cùm vulgata lectio ſit conſentanea his, quæ ſuprà ſunt à nobis demonſtrata, non eſt cur eam repudiare de-
49 beamus. Nam, ut ait *Goedd. de V. S. Ubi nulla abſurditas, nulla lectionum contrarietas, & pugna quæ diſcordiam ſententiarum gigneret, nulla iniquitas eſt, adeò ſtudioſè inhærere non eſt opus, quin potius à Florentina lectione quandoque recedere melius, & æquius ſit.* Quem laudat, & probat *Brunneman. de concurſu action. cap.* 3. §. 9. & multos alios allegat. Sic etiam in *l. qui ſervum* 34. *in fin. ff. de obl. & act.* aut deeſt in Pandectis Flor. negatio in verbo *remanere:* aut abundat in verbis *locum non habet;* aliàs vix defendi poteſt ea lectio. Et in eadem lege rectius legitur *tutius*, ut in vulgatis, quàm *totius*, ut in Florentinis. Sed admiſſa etiam lectione Florentinâ, cui certè plurimum fatemur eſſe deferendum, tamen id, quod volumus, non obſcurè demonſtratur. Nam Scævolæ dubitationem, ac ſcrupulum injecit pleniſſima voluntas teſtantis erga affinem ſuum, quam ex eo conjectat, quod etiam reliqua colonorum ejus poſſeſſionis ad affinem pertinere voluerit. Hinc ab eo res in controverſiam deducta, quia qui voluit id quod plus eſt,
50 multò magis voluit id, quod minus eſt. Cæterùm ſi non expreſſiſſet reliqua colonorum, res nullam dubitationem habuiſſet.

His probè conſtitutis, dubitari non poteſt, fructus venales non contineri legato rerum, ſeu legato omnium rerum aliquo in loco exiſtentium, eamdemque eſſe naturam fructuum, & aliarum rerum venalium. Sed obſtat difficillimus textus in *l. prædia* §. *liberto ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* ubi legato 51
fundo Titiano, & agello Semproniano cum inſtrumento, & his, quæ in eodem erunt tempore mortis, continetur hoc legato etiam aliquantum vini, quod teſtator in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat.

Non immeritò doctiſſimus Cujacius hanc legem ſine emendatione explicari non poſſe ſtatuit: & Accurſius noſter, & Bartolus, & alii putant in dubio præſumendam eſſe contrariam voluntatem teſtatoris. Sed cùm hæc repugnent verbis legis, alia via tentanda eſt. Primùm igitur animadvertendum eſt, quòd vinum in doliis remanens, aut non erat venditum, aut venditum erat urgente aliquâ neceſſitate, ut puta, ne aceſceret. Nam ſi teſtator poſt factum legatum volens vinum vendidiſſet, etiamſi legato contineretur, & teſtator, cùm legavit, eâ mente fuiſſet, ut vinum quoque comprehenderet, tamen per voluntariam venditionem præſumeretur mutata voluntas, & ademptum legatum *l. legatum* 24. §. *ult. ff. de adim.* 52
leg. l. ſi ex toto 8. *in princ. ff. de leg.* 1. *l.* 1. §. *ult. l. ſi cui fundum* 5. *ff. de inſtr. vel. inſt. leg.* Nec poteſt defendi, quod ſtatuit Anton. Fab. *lib.* 1. *conj. cap.* 6. ideò legatum non eſſe extinctum quoad vinum, quod in doliis remanſerat, quia nondum traditum erat. Neque enim traditio legatum extinguit, & adimit; ſed mutatio voluntatis, quæ arguitur ex voluntaria alienatione. Quamobrem etiamſi alienatio fuerit inutilis, & ſine effectu, tamen legatum ademptum intelligitur propter præſumptam mutationem voluntatis *d. l. legatum* 24. *in fin. ff. de adim. leg. l.* 3. §. *ult. ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* Imò etiam ſi dilata ſit venditio in tempus, quo commodè fieri poſſit, tamen ſola deſtinatio ad vendendum adimit legatum *l. tabernam ff. eod.* Puto igitur teſtatorem ibi totum vinum vendidiſſe, excepto eo, quod in doliis remanſerat, quod ad uſum familiæ ſervabat.

Digitized by Google

Prætereà animadvertendum eſt, quod idem Scævola, qui eſt auctor hujus legis, eſt etiam auctor legis *generali §. idem quæſiit ff. de uſu & uſufr. leg.* quam ſuprà expoſuimus. Quapropter hæ duæ leges non poſſunt eſſe contrariæ. Expendendum eſt igitur, quodnam ſit in facto diſcrimen. In illa, *non minimus ſalis modus* inventus erat: in hac, *aliquantùm vini* in doliis remanſerat. Non temerè, ac ſine cauſa hæc expreſſit Scævola, qui in factis referendis, & accuratè perpendendis fuit omnium diligentiſſimus, ut omnes norunt. In illa dixit inventum fuiſſe *non minimum ſalis modum*, ut oſtenderet illum non eſſe deſtinatum ad uſum familiæ, ſed ad vendendum; in hac expreſſit *aliquantùm vini* in doliis remanſiſſe, ut oſtenderet non plus remanſiſſe, quàm ad uſum familiæ eſſet neceſſarium.

Denique animadvertendum, quòd non temerè proponit Scævola, vinum illud in doliis habuiſſe teſtatorem, & in doliis remanſiſſe. Vinum enim cùm vendebatur, in amphoras, & cados diffundebatur: in doliis
53 verò ad perpetuum uſum ſervabatur *l. vino legato 14. junctâ l. 3. § ſi vinum ff. de trit. vin. & ol. leg. l. penult. ff. eod.* Plin. *lib. 14. cap. 13. Invenimus inter exempla, Egnatii Mecennii uxorem, quòd vinum bibiſſet è dolio, interfectam fuiſſe a marito, eumque cædis à Romulo abſolutum.* Cic. *in Bruto. Ut ſi quis Falerno vino delectetur, ſed eo nec ita novo, ut proximis Conſulibus natum velit; nec rurſus ita vetere, ut Opimium, aut Anicium Conſulem quærat. Atqui ea notæ ſunt optimæ: credo: ſed nimia vetuſtas nec habet eam, quam quærimus, ſuavitatem, nec eſt jam ſane tolerabilis. Num igitur, qui hoc ſentiat, ſi is potare velit, de dolio ſibi hauriendum putet? minimè: ſed quamdam ſequatur ætatem.* Ex hoc, & ex ſimili Plutarchi loco (his enim, & aliis ſuperſedeo, ne longior ſim) conſtat, vinum novum in dolia diffuſum ut conſervaretur, & ſeneſceret. In noſtra autem lege modicum vini ſervaverat teſtator ad uſum familiæ: neque enim credibile eſt Veteres ſervis, quorum operâ ad colendos agros utebantur, vinum vetus potandum dediſſe.

His animadverſis conſtat, ibi agi de vino ad uſum familiæ deſtinato, quod utique continetur legato fundi inſtructi *l. quæſitum* 54
§. proindè 28. verſic. vina quoque ff. de inſtr. vel inſtrum. leg. Itaque ſuperius argumentum aut nimis probat; aut nihil probat. Si agit de vino vendito, probat legato contineri etiam vinum jam venditum, quod falſum eſt, & nemo ſanus dixerit. Si agitur de modico vino deſtinato ad uſum familiæ, vel patris fam. nihil probat, quia hoc non fuit deſtinatum ad vendendum, & ideò ad quæſtionem noſtram non pertinet.

Illud animadvertere operæ pretium eſt, quòd licèt olim, cùm ad agrorum culturam ſervis utebantur, quos alere debebant, hujuſmodi legatis continerentur fructus ad exhibitionem ſervorum neceſſarii *d. l. quæſitum, & l. cùm de lanionis §. item cum 9. ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* tamen hoc tempore, quo utimur colonis partiariis, non continerentur illi fructus, quos illis ſolemus ſubminiſtrare, quia hos ipſis vendimus, aut mutuamur, aut cum aliis permutamus.

Poſtremò, contra hanc ſententiam opponebat quidam Judex, quòd legatum fundi cum iis quæ ibi ſunt, magis latè pateat, quàm legatum fundi inſtructi, & allegabat textum in *l. ſi chorus §. his verbis ff. de leg.*
3. Hinc arguebat, quòd ſi legato fundi inſ- 55
tructi non continentur fructus venales, continentur legato fundi cum omnibus, quæ ibi ſunt.

Inſulſum ſanè argumentum: nam probandum eſſet latiùs patere quoad comprehendendas res venales. Nam hoc argumento probari poſſet, hoc legato contineri etiam pecuniam, & inſtrumenta, contra text. in *l. quæſitum §. Papinianus quoque ff. de inſtruct.* quia hæc non continentur legato domûs cum inſtrumento *l. ſi mihi Mævia. in fin. ff. de leg. 3.* & alia prorſus abſurda concluderentur.

CAPUT XXIX.

AD L. LUCIUS TITIUS 78. *ff. tres hæredes 2. ff. ad Senatuſc. Trebell.*

SUMMARIUM.

1 *Quid differat an moleſtia prohibeantur per modum conditionis, an pœnæ nomine.*
2 *In conditionibus merum factum ſpectatur.*
3 *Proponitur communis diſtinctio inter moleſtias juſtas, & injuſtas, & reprobatur.*
4 *Per ſervum hæreditas acquiritur domino ne momento quidem remanens penes ſervum.*
5 *Legata in teſtamento ob meritum relinquuntur.*
6. *Qui recuſat onus injunctum à teſtatore, indignus eſt ejus beneficio.*
7 *Tutor, qui ſe excuſat à tutelâ, etiam juſtâ de cauſa legatum amittit.*
8 *Pœna non habet locum ſine delicto.*
9 *Dolo facit, qui petit contra præceptum teſtatoris. & n. 10.*
11 *Deficiente conditione non datur actio: & ideò ceſſat exceptio doli.*
12 *Teſtator, & contrahentes etiam facto per ſe honeſto & licito poſſunt pœnam imponere: & quare. & n. 15.*
13 *Et poſſunt imponere petenti quod ſibi debetur, & jus ſuum perſequenti.*
14 *Ratio affertur. Nemo gravari poteſt ultra id quod accepit.*
16 *Differentia inter pœnas legis, & pœnas teſtatoris, vel contrahentium.*
17 *Pœna conventionalis aliquando confirmat actus invalidos.*
18 *Moleſtari, & inquietari dicuntur debitores, etiamſi verè ſint debitores.*
19 *Præceptum turpe, vel impoſſibile impunè non ſervatur. Exceptiones regula ſuprà tradita.*

SEmper in dies invaleſcit conſuetudo apponendi teſtamentis præceptum non inferendi moleſtiam alicui, & allatis moleſtiis privandi hereditate, vel legato eum, qui non paruit præcepto teſtatoris. Hujus præcepti exemplum proponit Scævola in *l. Lucius Titius §. tres hæredes ff. ad S. C. Trebell.*

1 Rectè diſtinguunt DD. an hujuſmodi præceptum teſtator apponat per conditionem, an pœnæ nomine: hoc eſt, an hæredem inſtituat ſub conditione, *ſi moleſtiam non intulerit*: an verò hæredem inſtituat purè, eumque privet hæreditate *ſi alicui moleſtiam exhibuerit*, & eum inquietaverit. Si ſub hac conditione quis fuerit inſtitutus, utique conditioni parere debet, & non conſequitur hæreditatem, vel legatum, ſi quocumque genere
moleſtiæ illum inquietaverit. Etenim in con- 2
ditionibus nudum factum ſpectatur, etiamſi
nullam vim habeat *l. Mævius 55. ff. de condit. & demonſtr. l. mulier. §. 1. 2. ff. de condit. inſtit. l. ſervum teſtamento ff. de man. teſtam. l. Stichus 24. & l. penult. §. 1. ff. de ſtatu lib.*

Quòd ſi heres purè fuerit inſtitutus, & privetur hereditate, *ſi alicui negotium fecerit*,
ſolent diſtinguere inter moleſtias juſtas, & 3
injuſtas. Si per calumniam, malitiamque heres vexaverit eum, quem inquietare prohibebatur, putant eum hereditate privandum. Si verò juſtè ei litem intenderit, non poſſe privari hereditate, cùm pœnam non incurrat, qui jure ſuo utitur. Hanc diſtinctionem probare non poſſum, ſi generaliter, & in univerſum quis prohibeatur alicui negotium facere, moleſtiam creare, controverſiam movere, ipſum inquietare: maximè ſi, ut hodiè fieri ſolet, tàm juris, quàm facti moleſtiæ prohibeantur. Moveor auctoritate Scævolæ in *l. Lucius Titius §. tres heredes ff. ad S. C. Trebell.* ubi cùm fuiſſet interdictum Sejo, ne quam Sticho moveret controverſiam; & ſi quam controverſiam moviſſet, uncia hereditatis relicta Sticho ad Mævium reverteretur: reſpondit Scævola, quòd ſi Sejus aliquam controverſiam de uncia hæreditatis facere velit Sticho, ea uncia ad Mævium revertitur. Animadvertendum eſt in hac lege primùm, quòd Scævola non exigit injuſtam controverſiam, ſed ſufficit aliqua controverſia: nec requirit ut eum lite, aut longâ fruſtratione vexet, ſed ſufficit ſi controverſiam facere velit. Præterea, quòd controverſia, quam Sejus Sticho facere volebat, juſta erat, & rationem habebat. Etenim Sejus non tenebatur reſtituere unciam illam Sticho manumiſſo: neque de hoc rogatus erat à teſtatore, ut reſpondit Scævola, ibi: *reſpondit, non proponi Sejum rogatum unciam ei reſtitue-*

Digitized by Google

re. Cùm igitur ſervus acquirat hereditatem domino, adeò ut ne momento quidem maneat penès ſervum *l. placet 79. ff. de acquir. hered.* & Sejus dominus non eſſet rogatus hereditatem reſtituere ſervo manumiſſo, juſtè
4 dominus ei controverſiam faciebat de hac uncia hereditatis. Et tamen quia prohibuit teſtator, ne quam controverſiam Sticho moveret, amittit hanc unciam, eaque ad Mævium revertitur.

Moveor etiam evidenti ratione. Quamvis enim moleſtia,& controverſia ipſa per ſe juſta ſit, & licita: tamen hoc ipſo illicita eſt, & injuſta, quòd eſt contra præceptum teſtatoris,
5 & pœnam privationis meretur heres, aut legatarius, quòd contempſit præceptum teſtatoris. Quæ in teſtamentis relinquuntur, ob meritum relinquuntur *l. nec adjecit ff. pro ſoc.* Ceſſat hoc meritum quoties ille, qui à teſtatore beneficio fuit affectus, ipſe parere detrectat. Meritò igitur repellitur ab eo,quod
6 petit, vel privatur eo, quod conſecutus eſt ex teſtamento, cùm recuſet onus, quod teſtator impoſuit *l. Neſennius. verſic. rectè ergò ff. de excuſat. tut.* Meritò teſtator eum indignum ſua liberalitate judicavit, cùm eum ad inſolentiam erexerit ipſa liberalitas, quæ illum ad obſequium inclinare debebat *l. 1. verſic. nam qui obſequiis C. de revoc. donat.* An non poteſt teſtator rei ſuæ quamcumque voluerit legem dicere, & pro arbitrio ſuo diſponere? *l. verbis legis ff. de V. S. Authent. de nupt. cap. 2. l. vel negare ff. teſtam. quemad. aperiant.* Quid autem juſtius, quàm privare ſuâ liberalitate, ac munificentiâ eum, qui nec obediens, & contumax eſt, & contemnit præceptum ejus cujus liberalitate fruitur? Quid injuſtius, quàm lucrum quidem amplecti, onus autem annexum contemnere? *l. un. §. pro ſecundo,in fin. C. de caduc. tollend.* ſentire commodum, & incommodum recuſare? *l ſecundùm naturam ff. de Reg. Jur. c. qui ſentit 55. de Reg. Jur. in 6.* Æquiſſimum igitur eſt cum aut totum amplecti, aut à toto recedere *l. cùm quæritur ff. de admin. tutor.* eique auferri quod relictum eſt, ſi non impleat quod præceptum eſt, *Authent. de hered. & Falcid. cap. 1. §. 1. & 2.*

Confirmatur exemplo tutelæ. Si tutor datus in teſtamento, idemque legato honoratus, velit quidem legatum, recuſet autem ſuſcipere tutelam, legatum amittit, etiamſi habeat juſtam cauſam ſe excuſandi à tutela. Fa- 7
cit enim contra judicium teſtatoris, qui non præſumitur ei dare velle legatum, qui tutelam non adminiſtrat, niſi contrarium evidenter expreſſerit *l. Neſennius. cum duabus ſeqq. ff. de excuſat. tut.* Quantò magis igitur repellendus eſt à legato, vel hereditate is, quem teſtator expreſſè repulit recuſantem implere onus injunctum, etiamſi juſtam habeat cauſam ejus recuſandi?

Doctores, qui contrà ſentiunt, in errorem induxit, quòd pœnam à teſtatoribus, vel etiam à contrahentibus injunctam putarunt metiendam eſſe ad normam pœnæ, 8
quæ à legibus infligitur. Quemadmodùm enim pœna legis ſine delicto non infligitur *l. ſancimus C. de pœn.* ita crediderunt pœnam teſtamentariam locum habere non poſſe, niſi probetur dolus, malus animus, & calumnia controverſiam facientis.

Sed utrumque falſum eſt. Primùm, quòd dolo careat ille, qui controverſiam movet contra voluntatem teſtatoris, etiamſi controverſia juſta ſit. Nam qui à teſtatore dam- 9
natus eſt non petere à debitore ſuo, dolo facit ſi petat. *l. dolo facit 8. ff. de dol. mal. & met. except. l. apud Celſum. 4. §. præterea. ff eod* ibi: *Heres, qui non habet voluntatem defuncti, per exceptionem doli repellitur. l. ult. §. avus ff. eod.* ibi: *Quæſitum eſt, an contra voluntatem defuncti facere videatur, & doli mali exceptione ſubmoveatur.* Et *in ead. l. ult. in fin. ff. eod.* ibi: *Reſpondit, eam contra voluntatem petere, & ideo exceptionem doli objecturam.* Hoc enim ipſo delinquit, quòd non paret voluntati teſtatoris: & hujuſmodi contumacia pœnam hanc meretur, 10
ut repellatur ab eo, quod ipſi fuit à teſtatore relictum *l. ult. §. ult ff. de doli mal. except.* in qua animadvertendum eſt, quòd legato privatur heres non eâ de cauſa, quòd con-

Digitized by Google

ditio illa, *ſi parem rationem fecerit cum cohæredibus*, adjecta inſtitutioni, repetita cenſeatur in legato: nam ſi legatum eſſet conditionale, ipſo jure non deberetur; cùm defecerit conditio, & ideò non eſſet confugien-
11 dum ad doli exceptionem. Deficiente enim conditione non datur actio *l. cùm duobus* 52. *alias l. ſi fratres* §. *ſi qui ſocietatem ff. pro ſoc.* & deficiente actione non eſt opus exceptione *l.* 2. *ff. de except.* Repellitur igitur à legato, quia non paruit voluntati teſtatoris parem rationem faciendo cum cohæredibus. Eadem ratione etiam in *l. filio* 94. *ff. ad Leg. Falc.* filia juſtè retinet Falcidiam in prælegatis fratris; quia tamen non paret voluntati defuncti ſolvendo integra prælegata fratri ſuo, amittit propria prælegata.

Illud etiam falſum eſt, quod aſſumunt: videlicet, quod ſicut à lege infligi pœna non poteſt, niſi delinquentibus, ita non poſſit imponi pœna ab homine de rebus ſuis diſponente vel inter vivos, vel in ultima voluntate: ſi quidem delicti nomine intelligunt aliquid diſtinctum à contumacia non obtemperantis præcepto teſtatoris, aut initæ conventioni, & dolo ejus, qui lucro, & commodo frui ſatagit, onus au-
12 tem, & incommodum rejicit. Poteſt enim teſtator, poſſunt contrahentes cuilibet facto alioqui juſto, ac licito pœnam imponere, §. *ult. Inſt. tit. de V. O. l. ſi pœnam* 68. *l. continuus* 137. §. *ſi ut aliquid ff. eod.* Non pertinet ad privatos punire delinquentes: hoc proprium munus eſt legis. Teſtator & contrahentes poſſunt tantummodò pœnam imponere non obedientibus diſpoſitioni, & conventioni. Itaque in hac pœna infligenda non quæritur, juſtum, an injuſtum, licitum, an illicitum fuerit factum: ſed an ſit contra diſpoſitionem, & conventionem. Nihil juſtius eſt, quàm creditorem petere poſſe id, quod ſibi debetur: & tamen creditori petenti pœ-
13 na rectè imponitur: & ſi petat contra conventionem, pœnam incurrit *l. amplius non peti ff. rem. rat. haberi.* Nihil juſtius eſt, quàm dominum jure ſuo uti, & jus ſuum perſequi; & tamen rectè à teſtatore prohibetur, ne quis jure ſuo utatur, & jus ſuum perſequatur §. *ſi quis velit Inſtit. tit. de ſervit. l. non ſolum noſtrum*, & *l. cùm hæres ff. de liberat. legat.* & poteſt privari hæreditate, vel legato ſi contrà fecerit *l. tutor. ff. eod.*

Hujus rei duplex eſt ratio. Altera, quòd hæc pœna non afficit perſonam, neque bona gravati: ſed bona ipſius teſtatoris, quibus teſtator eum privat non obtemperantem voluntati ſuæ: neque enim poteſt gravari ul-
tra id, quod accepit *l. Imperator* 70. *ff. de* 14
legat. 2. Propterea poteſt teſtator pro ſuo arbitrio pœnam imponere, cùm hæc afficiat propria bona, de quibus pro arbitrio poteſt liberè diſponere *l. verbis legis ff. de V. S. Authent. de nuptiis cap.* 2. Et cùm poſſit pro arbitrio hæredem gravare ad reſtituendam alteri hæreditatem etiam ſine ulla cauſa; multò magis illum gravare poteſt, ſi non obtemperaverit ſuæ voluntati.

Altera eſt, quia hæc pœna non imponitur ad puniendum delictum, neque ut quis à delinquendo deterreatur: ſed ut inducatur ad aliquid faciendum *l. ſtipulatio iſta* §.
1. *ff. de V. O.* vel ad implendam voluntatem 15
teſtatoris *l. unic. C. de his quæ pœnæ nomine.* Quocircà hæc pœna non eſt exigenda ad normam, præſcriptionemque legum; ſed ad normam voluntatis teſtatoris. Atque ut hæc pœna debeatur, ſufficit factum fuiſſe id, quod fieri noluit teſtator, ſive factum fuerit legitimum, & juſtum, ſive non fuerit: ſive malo animo, & malitioſè factum fuerit, ſive non fuerit; ſufficit enim non fuiſſe impletam voluntatem teſtatoris *d. l. unic. C. de his quæ pœnæ nom.*

Nihil igitur commune habet pœna à legibus injuncta delinquentibus cum hac pœna injuncta contumaciæ non obtemperantium.
Illa ſuos auctores tenere debet, & ad alios 16
extendi non poteſt *l. ſi pœna.* & *l. crimen ff. de pœnis. l. ſancimus C. eod.* Hæc imponi poteſt etiam pro facto alieno *l. ſtipulatio iſta* §. 1. *ff. de V. O.* Illa debet eſſe major, minorve

Qq iij

pro qualitate delicti *l. perſpiciendum* 11. *ff. de pœn. l. aut facta* 16. *ff. eod. l. Pedius* 4. §. 1. *in fin. ff. de incend. ruin. l. ſancimus C. de pœn. c. quæſivit. in fin. de his quæ fiunt à major. part. c. felicis. §. illud autem. de pœn. in* 6. Hæc nullam habet rationem cum delicto, aut facto cui imponitur; & poteſt quis privari pinguiſſima hæreditate ob factum nullius ferè momenti, quia in hac ſolam teſtatoris voluntatem ſpectamus, non qualitatem facti. Illâ emendatur, & abolentur facta injuſta, & illicita, & à legibus
17 prohibita *l. ſancimus C. de pœnis*. Hac contrà confirmantur etiam actus invalidi: ut cùm adjicitur pœna ſtipulationi facti alieni, quæ confirmat ſtipulationem aliàs inutilem *l. ſtipulatio iſta* §. 1. *ff. de V. O. §. alteri inſtit. tit. de inut. ſtipul.* cùm adjicitur oneri adjecto libertati *l. un. C. de his quæ pœnæ nom.* cui alias onus adjici non poteſt *l.* 1. §. *quæ onerandæ ff. quar. rer. actio non detur.*

Quibus probè conſtitutis ſatis apparet, quòd ſi verba teſtatoris ſint idonea ad comprehendendum omne genus moleſtiæ, non eſt diſtinguendum inter moleſtias juſtas, &
18 injuſtas. Moleſtari enim, & inquietari dicuntur debitores, licet verè debitores ſint, ſeclusâ diſpoſitione teſtatoris *l.* 3. §. *nunc de effectu, & l. Aurelio* 20. *ff. de liberat. legat.*

Fateor tamen aliquando non incidere in pœnam à teſtatore impoſitam eum, qui facit id, quod vetuit teſtator. Primùm, ſi præceptum teſtatoris impoſſibile ſit, aut turpe, aut contra leges, aut contra bonos mores. Non
19 debetur enim pœna præcepti impoſſibilis *l. ſi homo* 69. *ff. de V. O. l. un. in fin. C. de his quæ pœnæ nom. l. multa. in princ. l. pater* 101. *in princ. ff. de cond. & dem.* Hæc enim præcepta cùm ſint impoſſibilia *l. filius* 15. *ff. de cond. inſtit. l. inter ſtipulantem §. ſacram ff. de V. O.* non obligant hæredem, & legatarium *d. l. inter ſtipulantem §. ſacram. verſic. & ea dumtaxat. & l. impoſſibilium ff. de Reg. Jur.* eique remittuntur, & pro non ſcriptis habentur *l. non dubitamus ff. de cond. & demonſtr. l. conditiones quæ ff. de cond. inſtit. l. facta* 63. §. *ſi ſub conditione ff. ad S. C. Trebell.* Quamobrem cùm remittatur ipſum factum, & pro non ſcripto habeatur, non poteſt committi pœna: nec poteſt mulctari is, qui non fecit id, quod facere non potuit.

Præterea, ſi hæres, aut legatarius moleſtiam exhibeat ad conſervandam voluntatem teſtatoris: veluti ſi petat id, quod ſibi relictum fuit in teſtamento. Hic enim non contemnit præceptum teſtatoris, nec quicquam facit contra ejus voluntatem, ſed ipſam tuetur, & conſervat. Neque quiſquam videri poteſt diſpoſuiſſe ad evertendam voluntatem ſuam.

CAPUT XXX.

AD L. SOLEMUS 61. & *l. ſi quis intentione 66. ff. de judic.*

SUMMARIUM.

1 *In judiciis latior ſit interpretatio, quàm in contractibus.*
2 *In contractibus maximè ſpectandum, quid actum ſit: & quare.*
3 *Ex verbis colligitur mens contrahentium. Qui generaliter loquitur ſingulas ſpecies comprehendit.*
4 *In judiciis ſolum ſpectamus voluntatem proferentis: & quare.*
5 *In judicium venit omne, quod nominatim non fuit exceptum: & quare.*
6 *In exploranda voluntate, id quod veriſimile eſt, ſequimur.*
7 *In judiciis verba præſentis temporis futurum continent.*
8 *Compromiſſa admittunt interpretationem contractuum, non judiciorum.*
9 *Late explicatur* l. Ædiles 25. §. item ſciendum ff. de Ædil. Edict.
10 *Actio redhibitoria eſt bonæ fidei.*
11 *Eadem ſit interpretatio libelli tàm in judiciis bonæ fidei, quàm ſtricti Juris.*
12 *Quoad interpretationem verborum non differunt contractus bonæ fidei, & ſtricti Juris.*
13 *An in judicium veniant fructus percepti ante litem conteſtatam.*
14 *Edictum Ædilium quid contineat.*
15 *In judiciis quid ſit reſtituendum actori?*

Digitized by Google

16 *Quid in actione redhibitoria?*
17 *Libellus ambiguus comprehendit quod actori utilius eſt: & quare n. 19.*
18 *Quantum differant interpretationes contractuum, & judiciorum.*
20 *Interpretanda ſunt verba ut actus valeat.*
21 *Etiamſi interpretatio redundet in favorem proferentis.*
23 *Judex non poteſt condemnare niſi in id, quod in judicium deductum eſt.*
24 *Actore non probante reus eſt abſolvendus.*
25 *Ambigua probatio actori non prodeſt.*
26 *Judex certam ſententiam ferre debet.*
27 *An voluntas actoris ab hærede poſſit declarari. & nn. ſeqq.*
28 *Inſtantia tranſit in hæredem cum omnibus ſuis qualitatibus.*
29 *Voluntas à declaratione voluntatis multùm differt.*
30 *Si actori jus ſuperveniat inter moras judicii reus condemnandus eſt.*
31 *Iniquum eſt aliquem de alieno facto jurare. Quantum differat juramentum à declaratione voluntatis.*
32 *Voluntatis declaratio, quæ à lege requiritur, in hæredem tranſit.*
33 *Voluntas, quæ ab homine requiritur, ſimpliciter & ab hærede, & à legatario poteſt declarari.*
34 *Secus ſi per modum conditionis injuncta ſit.*
35 *Conditio injuncta perſonæ ab ea debet impleri.*
36 *Legatum optionis cujuſmodi eſſet olim, cujuſmodi ſit hodie.*

1 IN judiciis latior ſit interpretatio, quàm
in contractibus. *l. ſi ſtipulatus* 76. *§. cum
ſtipulamur ff. de V. O.* ubi hujus interpretationis proponitur elegantiſſimum exemplum,
& diſcrimen inter contractus, & judicia.
In contractibus enim potiſſimè ſpectandum
eſt, quid actum ſit inter contrahentes *l. ubi*
2 *eſt verborum ff. de reb. dub. l. dotis* 7. *§. ſi
uſusfructus ff. de jure dot. l. qui uſumfructum*
36. *§. ſtipulatus ff. de uſufr. l. ſed Celſus §.*
1. *l. cùm in lege* 33. *& l. fiſtulas* 78. *in princ.
ff. de contr. empt. l. qui fundum* 40. *§. fundi
eod. l. ſi venditor. in princ. & in §. ult. & l.
ex empto* §. 1. *ff. de act. empt.* Contractus
enim utriuſque conſenſu conſtat, & ſine voluntate utriuſque contrahentis in id in placitum non contrahitur obligatio. *l.* 1. *§. conventionis ff. de pact. l. non ſolum* 31. *ff. de
oblig. & act.* Itaque in interpretando contractu, quid voluerint, quid egerint contrahentes potiſſimum animadvertere oportet.
Non tamen ferendus eſt debitor, qui cùm
generaliter contraxerit, poſtea cauſatur, ſe
de aliquibus tantum rebus ſenſiſſe *l. non eſt
ferendus ff. de tranſact. l. quicquid adſtringendæ. in princ. ff. de V. O. l. ſi mihi & Titio
§. 1. ff. eod.* Ex verbis enim, & ex eorum 3
ſignificatione colligitur quid ſenſerint, quid
voluerint contrahentes *l. Labeo* 7. *ff. de ſupell.
leg. l. in ambiguo* 3. *ff. de reb. dub.* Quamobrem cùm in verbis non eſt ambiguitas,
non eſt admittenda voluntatis quæſtio *l. ille
aut ille* 25. *§. 1. ff. de leg.* 3. & repellendus
eſt à probatione contrariæ voluntatis, nec
audiendus eſt, qui contendit ſe aliter ſenſiſſe: cujus rei elegantiſſima proponuntur
exempla in *l. Labeo ff. de ſupell. leg. in l.* 4.
princ. verſ. quod ſi quis ff. de leg. 1. in *l. quoties §. 1. ff. de hæred. inſt.* in *l. ſi alii* 19. *ff.
de uſu & uſufr. leg.* Cùm igitur genus ſingulas ſpecies comprehendat *l. ſemper ſpecialia
ff. de Reg. Jur. l. ſi chorus* 79. *in princ. ff.
de leg.* 3. qui generalibus verbis utuntur,
id egiſſe videntur, ut ſingulas ſpecies
comprehenderent *l.* 1. *§. quod autem ff.
de aleat l. ult. in princ. C. de uſur. rei
jud.*

In judiciis autem multò laxior ſit interpretatio verborum; neque enim ea interpretamur ſecundum mentem utriuſque tàm actoris, quàm rei, neque ſpectamus utriuſque
voluntatem in idem placitum concurrentem; 4
ſed ſolùm voluntatem proferentis; ſolùm
quærimus, quid ſenſerit ille, qui dixit. Judicium enim non conſtat utriuſque voluntate & conſenſu, ſed redditur in invitum:
quapropter abſurdum eſſet, explorare quid
voluerit reus; qui velit, nolit, judicium
ſuſcipere cogitur *l. ſolemus. & l. ſi quis intentione ff. de judic. l. inter ſtipulantem §. ſi
Stichum ff. de V. O.*

Quo ſit, ut, cùm in interpretanda actoris intentione, ſeu libello, ſpectanda ſit voluntas ſolius actoris, neque curandum ſit,
quid reus ſenſerit: id omne in judicium veniſſe videatur, quod nominatim non fuit 5
exceptum: neque enim quæritur quid inter

Digitized by Google

litigantes actum fuerit, ut veniret in judi-
cium, ſed quid voluerit venire actor ipſe.
Ut autem exploremus voluntarem actoris,
obſervandum eſt, quid veriſimile ſit eum
6 voluiſſe *l. in obſcuris* 114. *ff. de R. J. l. inſu-
lam* 13. *in fin. ff. qui pot. in pign. l.* 2. *§. ſi
venditor* 14. *ff. de hæred. vel. act. vend.* Ve-
riſimile autem eſt, actorem non jus ſuum
in judicium deducere voluiſſe *l. ult. in fin.
C. de annal. except.* Et ideò niſi quid ipſe
nominatim exceperit, aut inter litigantes
actum fuerit ne in judicium veniret, omne
jus actoris in judicium deductum videtur *d.
l. ult. & l. ſolemus ff. de judic. c. cum Eccle-
ſia* 3. *§. verum de cauſa poſſeſſ.* Et etiamſi ver-
bis præſentis temporis utatur, tamen etiam
futura continentur *l. ſi ſtipulatus* 76. *§.*
7 *cùm ſtipulamur ff. de V. O. cap. Abbate ſanè
§. cæterùm, cum ſeq. de ſent. & re jud.
in* 6.

Ex quibus apparet ratio, cur non eamdem
interpretationem ſequamur in compromiſſis:
id enim tantummodò venit in compromiſ-
ſum, de quo actum fuit, ut veniret *l. quid
tamen* 21. *alias l. ſi cùm dies* 22. *§. plenum
ff. de recept. arb.* Compromiſſum conſtat pac-
to, & conventione utriuſque compromitten-
tis *l. litigatores §. quod ait Prætor. & §. in-
terdum. l. item ſi unus §. ſed ſi ita ff. de re-*
8 *cept. arbitr.* Eſt enim conventio inter aliquos
inita de controverſia per arbitrum finienda,
cum promiſſione pœnæ irrogandæ ei, qui
non paruerit ſententiæ arbitri. Itaque cùm
compromiſſa ex conſenſu reddantur, inter-
pretationem eamdem prorſus admittunt,
quam contractus, nec poſſunt in compro-
miſſum venire niſi res, & controverſiæ, de
quibus actum fuit *l. cum Aquiliana* 5. *ff. de
tranſact.* ubi obſervanda ſunt illa verba, *quæ
ex conſenſu redditur*; quibus ratio reſponden-
di continetur *l. qui cum tutoribus* 9. *§.* 1. *ff.
eod. l. ſi de certa* 31. *C. eod.* Contrà in judi-
ciis, quæ non redduntur ex conſenſu, ſpec-
tari non poteſt, quid actum ſit inter liti-
gantes: ſed æquum eſt, ut in judicium ve-
niat omne jus actoris, niſi actum fuerit ne
veniret.

Sed contrarium videtur reſpondiſſe Ulpia-
nus in *l. Ædiles etiam* 25. *§. item ſcien-
dum. in fin. ff. de Ædil. Edict.* ibi: *Quæ ante* 9
*judicium contingunt non valdè ad Judicem
pertinent, niſi fuerint ei nominatim in-
juncta.*

Sunt qui putant, in hac lege agi de judi-
cio ſtricti Juris, in quo non venit niſi id,
de quo nominatim actum fuit, & omiſſum
pro omiſſo habetur *l. quicquid adſtringendæ
99. in princ. l. ita ſtipulatus* 115. *in princ. ff.
de V. O.*

Vix eſt, ut operam impendamus in hac
falſiſſima ſententia confutanda. Utrumque
enim perſpicuè falſum eſt. Non agitur ibi
de judicio ſtricti Juris, agitur enim de red-
hibitione, quæ fit empti judicio *l. ex empto
§. redhibitionem ff. de action. empt.* Empti ju- 10
dicium eſt bonæ fidei *§. actionum autem Inſ-
tit. tit. de action. l. fundi* 17. *§. ſi ruta & cæſa
ff. de action. empt.* Falſum eſt etiam, quòd
in judiciis ſtricti Juris verba intentionis acto-
ris ſtrictè ſint interpretanda, & in judicium
veniat ſolùm id, de quo nominatim eſt ac-
tum. Repugnat enim text. in *l. ſolemus* in *l.
ſi quis intentione ff. de judic.* in *l. inter ſtipu-
lantem* 83. *§.* 1. *ff. de V. O.* quæ tùm genera-
les ſunt, tùm generali ratione nituntur, quæ
pertinet tàm ad judicia ſtricti Juris, quàm
bonæ fidei. Facultas enim, quam habet Ju- 11
dex ex præſcripto Prætoris in judiciis bonæ
fidei, non pertinet ad interpretationem li-
belli, ſed ad ea, quæ alterum alteri præſ-
tare oportet ex natura conventionis. Nam in
ſtrictis judiciis eſt alligatus verbis contrahen-
tium: in bonæ fidei poteſt ex bono & æquo
æſtimare *l. quia tantumdem ff. de negot. geſt.
l. quicquid adſtringendæ ff. de V. O. l. ſi ſer-
vus* 50. *§. ult. ff. de leg.* 1. *l. quòd ſi nolit* 31.
§. quia aſſidua ff. de Ædil. Edict. l. uſuræ
34. *ff. de uſur.* Quin imò, & quoad inter- 12
pretationem verborum ambiguorum eadem
eſt ratio contractuum bonæ fidei, & ſtricti
Juris *l. veteribus* 39. *ff. de pact. l. Labeo* 21.
*ff. de contr. empt. l. cùm quæritur ff. de rib.
dub. l. ſtipulatio* 38. *§. in ſtipulationibus ff.
de V. O.*

Reſpondent

Reſpondent Viri doctiſſimi, ibi agi de acceſſionibus, & fructibus perceptis ante litem conteſtatam, qui cùm ſeparati ſint à
13 re petita, adeoque differant à re ipſa, non poſſunt comprehendi petitione rei *l. in ædibus 9. §. 1. ff. de donat.* Quamobrem nominatim petendi ſunt; nam quæ ante judicium acceptum contingunt, non valdè ad Judicem pertinent, niſi fuerint ei nominatim injuncta.

Ego verò contrà ſentio, hos fructus, & acceſſiones venire in judicium redhibitorium, etiamſi nominatim hæc petita non fuerint: neque in hac lege agi de libello, & petitione actoris; eamque legem ad rem noſtram minimè pertinere. Non agitur in ea lege de libello ambiguo; nec de petitione actoris: ſed explicatur ab Ulpiano Edictum Ædilium.

Edicto Ædilium cavetur, ut qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi, vitiive ſit, & palam rectè pronuncient. Si ſecus fecerint, judicium datur,
14 ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem poſt venditionem natum, acquiſitumve fuerit, ſive quid ex ea re fructûs pervenerit ad emptorem, ut ea omnia reſtituat *l. 1. ff. de Ædilit. Edict.* Explicans hoc Edictum Ulpianus admonet, hæc omnia, quæ exprimuntur Edicto Ædilium referenda eſſe ad ea, quæ percepit actor, ſeu emptor ante litem conteſtatam. Nam ea, quæ percipit poſt litem conteſtatam, præſtare cogitur officio judicis, cùm poſt judicium acceptum tota cauſa in Judicio verſetur, & reſtituenda ſit non ſolum res petita, ſed etiam rei cauſa: hoc eſt, ut actor habeat omne id, quod habiturus fuiſſet, ſi tempore litis con-
15 teſtatæ fuiſſet ei res reſtituta *l. præterea*, & *l. & ex diverſo §. 1. ff. de rei vind. l. 2. ff. de uſur. l. illud ff. de petit. hered.* Itaque de his rebus reſtituendis neceſſe non fuit Ædiles nominatim Edicto cavere, cùm veniant ex natura actionis, & officio Judicis præſtandæ
16 ſint *dd. ll. & §. & ſi in rem. cum ſeq. Inſt. tit. de offi. Judic.* De his autem, quæ percepit emptor ante litem conteſtatam, neceſſe fuit Ædiles Edicto cavere, eaque enumerare, & nominatim injungere Judici, ut ad hæc quoque reſtituenda condemnaret emptorem. Ad hæc enim reſtituenda non potuiſſet Judex condemnare. Non ex officio, quia officium Judicis non extenditur ad ea, quæ ante judicium acciderunt *d. l. Ædiles §. ſciendum. in fin. ff. de Ædil. Edict.* Non ex natura ipſorum fructuum, quia cùm emptor bonâ fide poſſederit, tenetur ſolum ad fructus perceptos poſt litem conteſtatam *l. certum C. de rei vind.* Neceſſarium igitur fuit, Ædiles nominatim cavere de his fructibus reſtituendis. Hanc puto germanam hujus legis interpretationem.

His expoſitis conſtat, verba illa, *niſi fuerint ei nominatim injuncta*, non eſſe referenda ad libellum, & petitionem actoris, ſed ad Edictum Ædilium, quo nominatim injungitur Judici, ut condemnet etiam ad reſtituenda ea, quæ percepta ſunt ante litem conteſtatam. Quamobrem in ea lege non agitur de interpretatione libelli ambigui, aut de iis, quæ veniunt in judicium ex petitione actoris, ſeu de illis, quæ petenda ſunt ab actore nominatim.

Conſtat etiam, quòd etſi nominatim hæc petita non fuerint, tamen Judex ad ea reſtituenda debet condemnare: veniunt enim ex natura actionis redhibitoriæ, & ex Edicto Ædilium, quo nominatim injungitur hæc reſtitutio *d. l. 1. ff. de Ædil. Ed.* Et ideò Judex ex officio debet condemnare, ſicut condemnat in fructibus poſteà perceptis *l. plus eſt 22. ff. de V. S.*

Hactenus de interpretatione libelli generalis: nunc de interpretatione libelli ambigui. Libellus ambiguus comprehendit id, quod actori utilius eſt *l. ſi quis intentione ff. de judic.* Utrumque enim interpre- 17
tamur in favorem actoris. Alia adhibetur interpretatio in judiciis: alia in contractibus.

In contractibus ambigua verba interpretamur contra proferentem, hoc eſt, contra ſtipulatorem, locatorem, venditorem *l. cum quæritur ff. de reb. dub. l. ſtipulatio iſta 38.*

§. in ſtipulationibus ff. de V. O. l. Labeo 21. *& l. cùm in lege* 33. *ff. de contr. empt. l. veteribus ff. de pact.* quia cùm contractus conſtet utriuſque contrahentis conſenſu, & ſine
18 conventione obligatio non contrahatur *l. non ſolum* 31. *ff. de obl. & act. l.* 1. *§ conventionis ff. de pact. l. in omnibus rebus ff. de oblig. & act.* utriuſque contrahentis voluntas ſpectanda eſt, nec minus quid hic, quàm quid ille voluerit comprehendere, curandum eſt *d. l. non ſolum* 31. *ff. eod.* Eſt igitur par ratio, par cauſa utriuſque contrahentis. At in pari cauſa æquum eſt verba nos interpretari contra proferentem, qui potuit apertius dicere: ac proindè ſibi debet imputare, ſuæque culpæ adſcribere, ſi obſcurè dixit *l. veteribus ff. de pact. l. Labeo* 21. *ff. de contr. empt.* Æquiſſimum enim eſt factum cuique ſuum nocere, non alteri *l. factum* 155. *ff. de Reg. Jur.*

In judiciis verò verba interpretamus in favorem proferentis. Judicium enim ſolius actoris voluntate conſtat, cùm in reum etiam invitum reddatur *l. inter ſtipulantem*
19 *§.* 1. *ff. de V. O.* Libellus continet intentionem ſolius actoris: quamobrem verba ex actoris voluntate ſunt æſtimanda. Quid reus ſenſerit parum refert: ſola voluntas actoris ſpectatur. Ut autem actoris voluntatem exploremus, id quod veriſimile eſt eum voluiſſe, debemus inveſtigare *l. in obſcuris* 114. *ff. de Reg. Jur. l. inſulam ff. qui potior. in pign.* veriſimile eſt autem quemlibet velle id, quod ſibi utilius eſt *l. ſi ita ſtipulatus* 109. *ff. de V. O. l. hi qui* 34. *in fin. ff. de fidejuſſ.* Et ideò actor cenſetur in judicium deduxiſſe id, quod ſibi utilius eſt.

Concurrit & alia ratio, quamobrem rei voluntas curanda non ſit: quia ſemper reus negaret ſe conveniſſe, ut judicium eluderet *l. ſolemus ff. de judic. l. inter ſtipulantem §.*
20 1. *ff. de V. O.* Verba ſemper interpretanda ſunt ut actus valeat potius, quàm pereat *l. ubi eſt verborum* 21. *ff. de reb. dub. l. quoties in ſtipulationibus* 80. *ff. de V. O. l. ſi quando* 109. *ff. de leg.* 1. Eadem eſt ratio interpretandi actiones, & exceptiones *l. quoties in actionibus* 12. *ff. de reb. dub. l. in contrahendis* 172. *ff. de Reg. Jur.* Et ideò neceſſe eſt in judiciis verba in favorem proferentis interpretari.

Et hac in re judicia non differunt à contractibus. Nam & in contractibus, licèt ambigua verba ſint interpretanda contra proferentem; tamen ſi ſecundum hujuſmodi interpretationem contractus ſit inutilis, ab illa regula recedimus, & in favorem proferentis verba interpretamur, ne contractus corruat? ut in *l. eum qui calendis. in fine*
princip. ff. de V. O. In qua lege ſi verba 21
interpretemur contra ſtipulatorem proferentem, promiſſor tenebitur dare calendis remotiſſimis: longius enim tempus ſtipulatione comprehenſum videtur *l. ſi ita ſtipulatus* 109. *ff. de V. O.* Sed ſi tenetur dare calendis remotiſſimis, inutilis erit ſtipulatio: numquam enim venturæ ſunt hæ calendæ. Concurrunt igitur duæ regulæ: altera de verbis interpretandis contra proferentem: altera de verbis interpretandis ita, ut actus potius valeat, quàm pereat. Quid dicendum? præponderat regula validitatis actûs: eaque in hoc concurſu potius attendenda; poſthabitâ interpretatione contra proferentem. In judiciis concurrunt hæ duæ regulæ: poſthabenda igitur eſt interpretatio contra proferentem, eaque rejectâ pro proferente verba ſunt interpretanda, ne ſit inutile judicium.

Sed contrarium videtur reſpondiſſe Ulpianus in *l. idem Pomponius* 5. *§. ult. ff. de rei vind. Si plures ſint ejuſdem nominis ſervi, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum*
ſit, Pomponius dicit nullam fieri condemna- 22
tionem. Ergò potius redditur inutile judicium, quàm fiat interpretatio in favorem actoris.

Verè tamen contrarium non eſt, quod in hac lege reſpondit Ulpianus, iis, quæ reſpondit Paulus in *l. inter ſtipulantem § ſi Stichum ff. de V. O.* Neque enim eadem quæſtio in utraque lege pertractatur. In *l. inter ſtipulantem*, proponitur hujuſmodi

quæſtio. Titius petebat à Mævio Stichum
ſervum, & cùm plures eſſent ejus nominis
ſervi, nullam adjecerat demonſtrationem,
quâ diſtingueretur, quis ex his peteretur,
ut fieri debet *l. ſi in rem 6. in fin. ff. de rei*
vind. Cùm autem probare vellet ſibi deberi
eum Stichum, quem dicebat ſe petiiſſe:
reus negabat ſe de eo ſenſiſſe, cùm litem
conteſtatus eſt: adeoque ſervum illum in
judicium deductum non fuiſſe; ac prop-
tereà novo libello, novâ litis conteſtatione,
23 novo judicio opus eſſe. Non poteſt Judex
condemnare reum de eo, quod in judi-
cium deductum non fuit *l. ut fundus ff.*
comm. div. l. ult. C. de fideic. libert. Reſ-
pondit J. C. reum, qui vult eludere ju-
dicium, audiendum non eſſe, nec ſpec-
tandam ejus voluntatem, qui vel invitus
cogitur judicium accipere: & actori cre-
dendum, eumque ſervum in judicium
deductum eſſe, quem actor intellexe-
rit.

Contrà verò quæſtio ab Ulpiano propoſita
in *l. idem Pomponius §. ult ff de rei vind.*
eſt hujuſmodi. Petebat Titius à Mævio
Erotem ſervum, & cùm plures eſſent ejuſ-
dem nominis, nec in libello demonſtrave-
rat, quem petiiſſet, neque id apparebat ex
probationibus. Rogabat Judicem, ut Ti-
tium condemnaret ad præſtandum Erotem.
Mævius opponebat ſe non poſſe condemna-
ri, cùm non appareret, de quo ſervo actum
fuiſſet in judicio. Reſpondit Pomponius,
nullam ſequi poſſe condemnationem. Et
24 rectè. Nulla ſequi poteſt condemnatio,
quia actore non probante, reus eſt abſol-
vendus, non condemnandus *l. 2. C. de*
probat. l. 4. C. de edendo. l ſi quidem 9. C.
de except. l negantes 9. C de oblig. probatio
autem dubia, & ambigua actori non pro
25 deſt: certò enim probare debet quid ſibi
debeatur *c. in præſentia 8 de probat.* Nulla
ſequi poteſt condemnatio, quia Judex cer-
26 tam ſententiam ferre debet *l. in ſententiis 59.*
ff. de re judic. l. ult C. de ſentent. quæ ſine
cert. quant. Non poteſt autem certam ferre
ſententiam, ſi non apparet, de quo ſervo
actum fuerit in judicio. Tria enim hæc inter
ſe convenire debent: libellus: probatio:
ſententia Judicis. In quæſtione hujus legis
ventum erat ad finem judicii: quæritur
enim, an fieri debeat condemnatio: &
adhuc non apparebat, de quo ſervo actum
fuiſſet. Præceſſerat non ſolum libellus, &
litis conteſtatio, ſed etiam probationes: &
tamen non apparebat, de quo ſervo actum
fuiſſet: ergò non probaverat actor certum
aliquem ſervum ſibi deberi: ac proindè
meritò reus negabat fieri poſſe condemnatio-
nem. Non allegabat ſe de alio ſervo ſenſiſſe,
ut in ſuperiore quæſtione: ſed dicebat, ne-
que ex libello, neque ex probationibus
apparere, de quo ſervo actum fuiſſet. In
ſumma ſupponitur in hac lege aut actorem
nihil probaſſe, aut dubiam, & incertam
probationem, qualem rejicit ſummus Pon-
tifex in *cap. in præſentia 8. de probat.* attu-
liſſe.

Eſt igitur merum commentum Doctorum,
qui putant hîc agi de ambiguo facti, quod
à ſolo actore declarari poteſt, fingunt au-
tem hîc actorem fuiſſe mortuum, ante-
quam declararet ſuam voluntatem. Cùm 27
autem voluntas ab hærede non poſſit decla-
rari, adeoque non appareat de quo ſervo
actum fuerit, nulla ſequi poteſt condem-
natio.

Quod autem voluntas actoris ab ejus hæ-
rede non poſſit declarari probant primò,
quia alia eſt voluntas defuncti, alia hæredis,
argum. text. in *l. generaliter. in princ. C. de*
reb. cred. ſecundò, quia nemo videtur di-
xiſſe, quod non mente agitaverit *l. Labeo*
ff. de ſupell. leg. id autem quod quis mente
agitavit, cùm intus in animo lateat, ab
alio explicari non poteſt. Tertiò, quia fa-
cultas explicandi voluntatem, perſonalis eſt,
& ad hæredes non tranſit *l centeſimis 6. ult.*
ff. de V. O. Et confirmatur exemplo le-
gati optionis in *§. optionis 23. Inſtit. tit. de*
legat.

Ego tamen contrà ſentio: in ea lege
non agi de actore mortuo, quod eſt me-
rum putum figmentum: & quamvis age-

retur de actore mortuo, tamen poſſe hæredem declarare ambiguam intentionem defuncti actoris. Etenim inſtantia tranſit in hæredem actoris cum omnibus ſuis qualitatibus, adeò ut hæres jure defuncti utatur, & induat omnia ejus jura, & pri-
28 vilegia, *l. oratione ff. de feriis. l. ſi is qui Romæ, & l. ubi acceptum ff. de judic.* Nam cùm quis utitur jure alterius, in eum tranſeunt omnia, quæ alteri competebant, etiam vitia *l. 4. §. de auctoris dolo ff. de doli & met. except. l. cùm hæres ff. de diverſ. temp. præſcr.* Cùm igitur defunctus poſſet declarare ambiguum libellum: poterit eumdem declarare etiam ejus hæres.

Nec enim in hac cauſa quæritur, an voluntas defuncti ſit voluntas hæredis; hoc enim eſt indubitatum; ſed an defuncti voluntatem poſſit hæres declarare.
29 Multum autem differt voluntas à declaratione voluntatis, quæ multò facilius admittitur *l. hæredes palam §. 1. ff. qui teſtam.* & facit text. in *l. Theopompus ff. de dot. præleg.*

Imò verò nec agitur de declaratione voluntatis. Neque enim neceſſe eſt ut hæres declaret, quid ſenſerit defunctus actor: hoc enim ab ipſa lege declaratur. Sufficit ut declaret, quid actori fuerit utilius: hoc enim declarato lex ſtatuit id ambiguo libello comprehendi: noſtra *l. ſi quis intentione ff. de judic.* Quid actori ſit utilius tantummodò quæritur in interpretatione libelli ambigui: id enim accipiendum eſt *d. l. ſi quis intentione ff. de judic.* Hoc autem facti eſt, & quidem extrinſeci, quod poteſt etiam ab hærede declarari: neque enim hujuſmodi factum in animo latet, ſicut voluntas, adeò ut alteri notum eſſe non poſſit. Solus hæres, cui notus eſt ſtatus hæreditarius, ſcire poteſt, quid fuerit utile defuncto: ad ipſum igitur pertinet hujus facti declaratio. Præterquam quòd cùm in favorem actoris, & ne judicium reddatur inutile, reo negante ſe convenisse, ſit conſtitutum venire in judicium id, de quo actor ſenſerit *l. ſolemnus ff. de judic. l. inter ſtipulantem §. 1. ff. de V. O* quid cauſæ eſſe poteſt, cur non ſit credendum hæredi, qui actor eſt, tranſlatâ in eum inſtantiâ defuncti, atque adeò reddendum ſit inutile judicium, & danda ſit facultas reo cœptum judicium eludendi? Nemo certè hoc mihi poterit perſuadere. Præſertim quia aut probat hæres deberi ſibi ſervum, quem dicit in judicium fuiſſe deductum: aut non probat. Si non probat, utique reus eſt abſolvendus *l. 2. C. de probat. l. 4. C. de edendo*, & ſimilibus. Si verò probat eum ſibi deberi, & debitum fuiſſe actori, qui petiit, quid cauſæ eſt, cur reus velit evitare condemnationem? Etenim, quod magis eſt, etiamſi ab initio res non rectè fuerit petita, quia jus petendi non habebat actor; tamen ſi inter moras judicii jus actori ſu- 30
perveniat, dummodò ſuperveniat ex cauſa de præterito, non poteſt reus evitare condemnationem *l. ſi mandavero tibi 17. ff. mand. l. ſi rem 9. §. ult. ff. de pignor. act. l. quæſitum 30. in princ. ff. de pecul. c. Abbate ſane §. cæterum. cum ſeqq. de ſent. & re judic. in 6.* & facit text. in *l. Julianus 11. ff. qui ſatiſd. cog.*

His probè conſtitutis, ad contraria argumenta facilis eſt & prompta reſponſio. Et quidem in univerſum reſpondetur, hic neque agi de transferenda in hæredem voluntate defuncti, quod fieri non poteſt: neque de tranſmittenda facultate declarandi, & explicandi voluntatem, ut probavimus; undè omnia argumenta concidunt ipſa per ſe.

Singillatim tamen reſpondetur, non poſſe deduci argumentum à jurejurando ad nudam voluntatem. Primùm, quia iniquum eſt de alieno facto alium jurare *l. Marcellus §. jurare ff. de act. rer. amot.* Non eſt iniquum alienam voluntatem declarare. Præterea, jurandi neceſſitas facilè remittitur propter quorumdam ſuperſti- 31
tioſam timiditatem *l. quæ ſub conditione 8. in princ. & §. ſeqq. de condition. inſt. l. hæc*

Digitized by Google

ſcriptura ff. de cond. & dem. l. liberto ff. de bon. libert. Non remittitur neceſſitas declarandi voluntatem *l. ſi ita legatum* 65. *§. illi ſi volet ff. de leg.* 1. Eſt igitur futile hoc argumentum.

Non majoris momenti eſt alterum petitum ex *l. centeſimis* §. *ult. ff. de V. O.* Etenim cùm quæritur, an hæres velle poſſit, cum defunctus non declaravit ſe velle, ita diſtinguendum eſt. Aut voluntas requiritur à lege, aut ab homine. Si à lege; nempè ſi lex diſponat, ut actus pendeat à voluntate hominis; facultas declarandi voluntatem tranſit in hæ-
31 redem. Ut puta, legatum non acquiritur invito, ſed ſi voluerit legatarius *d. l. ſi ita §. illi ff. de leg.* 1. ſi nolit, & repudiet, legatum corruit. Sed ſi decedat antequam velit, & agnoſcat, ad hæredem tranſmittitur, & poteſt velle, & agnoſcere legatum ipſe hæres *d. l. ſi ita legatum de leg.* 1. *& l. ſi poſt diem ff. quan. di. leg. ced.* Item in legato generis, & alternativo habet legatarius facultatem eligendi, & declarandi quid velit ex pluribus rebus legatis §. *ſi generaliter* 22. *Inſt. tit. de legat. l. qui duos* 20. *l. ſi ſervus* 108. §. *cum homo ff. de legat.* 1. Quòd ſi moriatur legatarius antequam declaret utrum velit, hæc facultas ad hæredem ſimul cum legato tranſmittitur *l. nec ſemel* §. *ſi cui homo ff. quan. di. leg. ced.* In caſu noſtro facultas interpretandi libellum ambiguum, & declarandi quid petere voluerit, competit actori ex diſpoſitione legis *l. ſolemus. & l. ſi quis intentione ff. de judic. l. inter ſtipulantem* §. 1. *ff. de V. O.* quare non mirum, ſi tranſeat ad hæredem ſimul cum inſtantia defuncti.

Quòd ſi voluntas requiratur ex diſpoſitione hominis, rurſus diſtinguendum eſt inter voluntatem, quæ ſimpliciter, & abſolutè requiritur, eamque quæ ponitur in conditione. Primo caſu tranſmittitur ad
33 hæredes. *l. illud aut illud ff. de opt. leg.* Et ne quis putet, id fuiſſe receptum in legatis favore ultimarum voluntatum, idem traditum de contractibus in *l. ſi ſtipulatus fuerim* 76. *ff. de V. O.* Stipulatus ſum mihi dari Stichum, aut decem, utrum voluero. Etiamſi facultas eligendi ſit perſonalis, tamen ſimul cum obligatione tranſit ad hæredem, qui poteſt eligere utrum velit, Stichum, an decem *d. l. ſi ſtipulatus.* Imò tranſit etiam ad legatarium *l. ſi ſic legatum* 75. §. *ſi quis ita ſtipulatus ff. de leg.* 1. In caſu noſtro voluntas ſimpliciter, & abſolutè requiritur, non per modum conditionis *l. inter ſtipulantem* §. *ſi Stichum ff. de V. O.* Adeoque etiamſi requireretur ex diſpoſitione hominis, tamen ad hæredes tranſmitteretur facultas declarandi voluntatem, quam defunctus non declaravit.

Secundo verò caſu, quando voluntas ponitur in conditione, tunc poteſt velle ſolummodò ille, cui eſt injuncta conditio, eoque moriente antequam declaret voluntatem ſuam, intercidit obligatio, neque ad hæredes tranſmittitur. Quapropter in *l. centeſimis* §. *ult. ff. de V. O.* quæ nobis opponitur, ſi debitor moriatur antequam velit, obligatio corruit; quia verba illa, *cùm volueris dabis*, conditionem faciunt: continent enim expreſſim, & principaliter tempus, tacitè verò, & conſequenter conditionem *l. ſi Titio* 22. *in princ. ff. quan. di. leg. ced. l. quodcumque* 45. §. *non ſolum ff. de V. O. l. qui promiſit ff. de condict. ind.* Idem traditum eſt & in legatis: nam ſi legata fuerint Titio centum ſub conditione, *ſi volueris*, intercidit legatum Titio moriente antequam declaret voluntatem ſuam *l. ſi ita legatum* §. *illi ſi volet ff.* 35
de legat. 1. *l. ſi ita expreſſum* 69. *ff. de cond. & dem.* quia conditio perſonæ injuncta videtur, & ideò ſolum ejus perſonæ, cui fuit injuncta, voluntas ſpectanda eſt *d. l. ſi ita expreſſum ff. de cond. & dem.* Hæc enim conditio conſiſtit in facto, cùm voluntas facti ſit *l. conſilio* 7. §. *ult. ff. de curat. furioſ.* conditiones autem,

quæ in facto conſiſtunt, implendæ ſunt ab eo, cui fuerunt adſcriptæ *l. ult. ff. de cond. inſt.*

Hinc facilè reſpondetur etiam ad exemplum legati optionis. Nam legatum optionis erat olim conditionale, & ideò ſolus legatarius optare poterat, non ejus hæres *§. optionis Inſtit. tit. de legat.* Item optio erat actus legitimus *l. actus legitimi ff. de Reg. Jur.* & actus legitimus per alium expediri non poterat *l. nemo alieno ff. eod.* Hodiè autem ex Juſtiniani conſtitutione legatum optionis non intercidit moriente ante optionem legatario, & optandi facultas tranſit ad hæredes *d. §. optionis.* Quapropter argumentum petitum ex *d. §.* pro nobis facit.

FINIS.

JOSEPHI AVERANII,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

INTERPRETATIONUM JURIS
LIBER TERTIUS.

CAPUT PRIMUM.

Ad L. 1. §. Sed & ſi Comites 8. ff. de extraordin. cognit. & L. 4. ff. de offic. adſeſſor.

SUMMARIUM.

1 *Aſſertur occaſio ſcribendi.*
2 *Comites in quatuor claſſes diſtributi.*
3 *Qui in provinciam cum Præſidibus proficiſcebantur, ſingulatim comites, generatim cohors appellati.*
4 *Horum in numero Præfectus, qui toti cohorti præerat.*
5 *Legati, qui in jure dicuntur adſeſſores.*
6 *Adſeſſores omnia peragebant, quæ ad juridicam, & legitimam provinciæ adminiſtrationem attinebant.*
7 *Convictores, ſive contubernales.*
8 *Apparitores, quorum nomine plura officia comprehendebantur; præcipuè exceptorum, ſive actuariorum & notariorum. & n. 11.*
9 *Ex comitibus componebatur cohors Prætoria.*
10 *Refellitur ſententia Cujacii putantis comites ſemper accipi pro aſſeſſoribus: multæ leges explicantur. & n. 11. 12.*
13 *Præſidibus eorumque Comitibus ſupellex ex annona ſuppeditabatur vaſarii & ſalarii nomine: his poſtea additum ſtipendium.*
14 *Annonæ æſtimationem in pecunia percipere poterant, quæ lucellum dicta eſt. Aliud lucellum à privatis.*
15 *Romam reverſi munera ſeu beneficia accipiebant.*
16 *Comites pro ſalariis hypothecam non habuerunt. Veteres parciſſimi in hypotheca concedenda.*
17 *Ratio aſſertur.*
18 *Contraria argumenta diluuntur.*

1 GRavis, & plena concertationum cauſa fuit dudum in judicio tractata, & inter doctiſſimos homines acerrimè diſputata: an familiares Principis pro ſalario ſibi debito haberent tacitam hypothecam: & an præferrentur cæteris creditoribus etiam habentibus expreſſam, & anteriorem hypothecam. Magnâ doctrinæ copiâ in utramque partem eſt decertatum: eo tandem redacta res eſt, ut

Digitized by Google

quæſitum fuerit, an olim apud Romanos, Comites Præſidum, & Imperatorum hujuſmodi privilegio gauderent. Cum in hoc totius cauſæ cardo verteretur, interrogatus, quid hac de re ſentirem, multa dixi, ac ſuppeditavi, quæ ad cauſæ defenſionem facere judicabam. Atque hinc arripui occaſionem ſcribendi de Comitibus, quæ modò ſubjiciam.

2 Comitum varia fuerunt genera. Omnes in quatuor claſſes diſtribuo. In prima claſſe pono eos, qui comitabantur Præſides, Proconſules, & alios, qui ad regendas provincias proficiſcebantur. In ſecunda eos, qui Imperatores in expeditionem prodeuntes, aut peregrè proficiſcentes comitabantur. In tertia eos, qui ad honorem, ac dignitatem Comitatûs evehebantur. In quarta Comites, qui provincias regebant, & gubernabant, qui poſtremis Imperii Romani temporibus fuerunt introducti.

A primis ordiamur. Præſides multos in provinciam ſecum ducebant, quorum miniſterio utebantur in adminiſtranda provincia. Hi ſingulatim Comites appellabantur: generatim, & universè cohors ſeu cohors
3 prætoria. Præſidum nomine hic omnes provincias regentes comprehendo, ut in *L. 1. ff. de off. Præſid.* omnes enim, qui univerſas provincias regebant, Comites habebant, ſeu cohortem. Imò & Legati Proconſulis ſuos habebant Comites. *L. ſi quis fortè 6. §. ſi quos comitum ff. de pœn.* ibi. *Si quos Comitum vel Legati ſui reos Proconſul invenerit.* Appellabatur autem cohors prætoria, non tam cohors ipſius Prætoris, quam omnium aliorum, etiam Conſulis. In rationibus Verris, qui fuit Quæſtor C. Carbonis Conſulis: *Dedi ſtipendia, frumenta, Legatis, Proquæſtoribus, Cohorti Prætoriæ* &c; refert eas rationes Cic. *Lib. 1. in Verr. c. 14.* & ibi notat Aſcon. *Cohorti Prætoriæ. Comitibus conſularibus.* Veteres enim omnem Magiſtratum, cui parêret exercitus, Prætorem appellaverunt: unde & Prætorium, tabernaculum ejus dicitur, & in caſtris porta Prætoria. Varro quoque *de Lingua Lat. Prætores dicti, qui præirent jure & exercitu.* Prætores etiam fuerunt appellati, qui poſtea Conſules: & Prætor maximus, qui Dictator. Liv. *Lib.* VII.

Superiora Aſconii verba demonſtrant cohortem prætoriam Comites Præſidis comprehendere. Cic. *Lib. 2. in Verr.* paulo poſt princ. *Comites illi tui delecti manus erant tuæ*: & deinceps: *cohors tota illa tua, quæ plus mali Siciliæ dedit, quam ſi centum cohortes fugitivorum fuiſſent, tua manus ſine controverſia fuit.* Et infra: *Ex his cauſis, quas ipſe inſtituerat in conſilio, hoc eſt cum ſua cohorte cognoſcere.* Item: *auctio facta eſt, in qua cohors hujus invicta dominata eſt.* Et paſſim in eâ oratione. Et *in epiſt. ad Q. Fratrem lib. 1. ep. 1. Quos verò aut ex domeſticis convictoribus, aut ex neceſſariis apparitoribus tecum eſſe voluiſti, qui quaſi ex cohorte Prætoria appellari ſolent* &c. Juven. *Sat.* 8. *verſ.* 127.

Si tibi ſancta cohors comitum, ſi nemo tribunal
Vendit Acerſecomes

Catull. *ep.* 28.

Piſonis comites, cohors inanis.

& indè,

Ecquidnam in tabulis patet lucelli
Expenſum? ut mihi qui meum ſecutus
Prætorem refero datum lucello &c.

Nimirum Catullus dolet, quod ejus amici Verabius, & Fabullus, qui Piſonem Prætorem Comites erant ſecuti, nihil lucri facerent, ſicut nec ipſe, qui Memmium Prætorem ſecutus erat, qui poſtea à Cæſare reus repetundarum factus eſt. Memmius igitur omnia, quæ à provincia exigebat, ſibi vindicabat, cohorti nihil dabat. Idem *in epigr.* 10. incipit *Varrus.*

Reſpondi id quod erat: mihi neque ipſi,
Nec Prætoribus eſſe, nec cohorti,
Cur quiſquam caput unctius referret.

Eadem

Eâdem loquendi formâ utitur Cicero *Lib. 2. in Verrem*: *ut ab illis ipſe unctior diſcederet.* Significat autem nihil quicquam à Provincialibus lucri feciſſe neque ipſum, neque Prætores, neque cohortem: cauſam deinceps affert, quia provinciales *non facerent pili cohortem.*

Doctiſſimus Scaliger explicat verbum *prætoribus* pro convictoribus Prætoris & congerronibus. Rectene, an ſecus, valde dubito. Horat. Serm. 7.

Perſius exponit cauſam, ridetur ab omni
Conventu, laudat Brutum, laudatque cohortem.

4 Inter Comites Prætoris Verris Cicero recenſet Præfectos, Scribas, Medicos, Accenſos, Aruſpices, Præcones. *Lib. 2. in Verrem.* Sed *epiſt. 1. ad Attic. Lib. 6.* videtur diſtinguere Præfectos, & Legatos à Comitibus. *Quid dicam de illius Præfectis, Comitibus, Legatis?* Loquitur de Appio, cui ipſe ſucceſſerat in provinciæ adminiſtratione. De Præfecto alibi etiam M. Tullius, in *Lib. 2. in Verr.* ubi narrat prudens Scipionis Africani reſponſum. *Cum ab eo*, inquit, *quidam vetus aſſectator, & ex numero amicorum non impetraret, uti ſe præfectum in Africam duceret, & id ferret moleſtè: Noli, inquit, mirari, ſi tu à me hoc non impetras: ego jampridem ab eo, cui meam exiſtimationem caram fore arbitror, peto, ut mecum præfectus proficiſcatur, & adhuc impetrare non poſſum.* Hinc conſtat non leve munus Præfecti fuiſſe, qui toti cohorti præerat, eamque in officio continebat: ad ſimilitudinem cohortis militaris. Sæpe enim à Cicerone comparantur, ut eum nominat cohortem Verris *invictam*: cum dicit *comites illi tui delecti*, quod verbum propriè militibus convenit, quorum delectus habetur: cum ait cohortem Verris plus mali dediſſe Siciliæ, quam ſi centum cohortes fugitivorum fuiſſent, alludens ad bellum ſervile. Quocirca poterat Præfectus magnam pecuniæ ſummam à provincialibus extorquere, & Præſidis exiſtimationi labem inferre. Argutè Scævola Septumulejo Anagnino roganti, ut ſe in Aſiam Præfectum duceret: *Quid tibi vis inſane? tanta malorum eſt multitudo civium, ut tibi ego confirmem, ſi Romæ manſeris, te paucis annis ad maximas pecunias eſſe venturum.* Refert id Cicero *in 2. de Oratore.* Horum Præfectorum nuſquam in jure noſtro fit mentio. Papinianus quidem nominat Præfectum cohortis in *L. Præfectus 63. ff. de rit. nupt.* Sed ille eſt Præfectus cohortis militaris: auxiliares enim copiæ Præfectos cohortis habebant. Et quia ibi de his agit Papinianus, idcircò confugit ad exemplum tutoris: dubitari enim poterat, an id quod fuerat interdictum iis, qui officium in provincia gerunt, comprehenderet etiam eos, qui præſunt copiis auxiliaribus: ac propterea J.C. non fundat opinionem ſuam in prohibitione interdicti, ſed in exemplo tutoris.

Idem Cicero recenſet inter Comites etiam 5
Legatos, & quidem pluribus in locis. In *Lib. 2. in Verr. Dedi ſtipendia Legatis, Proquæſtori, cohorti prætoriæ.* Et *Lib. 6. epiſt. ad Attic. ep. 1.* de Appii Comitibus, cui ſucceſſerat in adminiſtratione provinciæ. *Quid dicam de illius præfectis, comitibus, legatis? etiam de rapinis? de libidinibus? de contumeliis?* Id. *Lib. 1. epiſt. ad Q. Fratrem ep. 1. Quamquam Legatos habes eos, qui ipſi per ſe habituri ſint rationem dignitatis ſuæ; de quibus honore, & dignitate, & ætate præſtat Tubero, quem ego arbitror, præſertim cum ſcribat hiſtoriam, multos ex ſuis annalibus poſſe deligere, quos velit, & poſſit imitari. Hactenus autem noſter cum animo, & benevolentia, tum verò etiam imitatione vivendi. Nam quid ego de Gratidio dicam? quem certo ſcio ita laborare de exiſtimatione ſua, ut propter amorem in nos fraternum etiam de noſtra laboret.* De his quoque nulla in jure noſtro mentio. Multa quidem habemus de Legato Proconſulis in titulo *de offic. Proconſ.* & alibi: ſed de his nihil uſquam. Quamobrem quodnam eſſet eorum officium, hæreo. Quantum tamen conjecturâ conſequi poſſum, puto fuiſſe eos, qui in jure noſtro dicuntur Adſeſſores, de quibus agitur in ti-

Digitized by Google

tuto *de officio Adſeſſorum*. Non abhorret ab hac conjectura Varronis definitio, qui *Lib. 4. de Ling. Lat.* Legatos ita deſcribit: *Legati dicebantur, qui lecti publice, quorum opera, conſilioque uteretur peregre magiſtratus.* Non diſſentit Cicero *in Vatinium*, qui eos appellat *miniſtros conſilii provincialis* & ſubdit: *Quis legatos umquam audivit ſine ſenatuſconſulto?* Et in *Lib. 2. in Verr.* vocat eos *ſodales Pratoris: Sodales, viri fortes, Legati tui primo anno te reliquerunt: unus Legatus P. Tadius, qui erat reliquus, non ita multum tecum fuit.* Appianus *Lib. 1. bell. civ. Legatos Romani appellant, quos provinciarum rectoribus addunt, ut iis ſubſidio ſint*: & Cæſar *Lib. 2. comment. Legatos* ait *fiduciariam operam obtinere*, & *Lib. 3. eos omnia agere ad præſcriptum.* Et Cornel. Nep. *in*
6 *Vita Attici* ait, *Legatum aſſeclam eſſe Pratoris. Adſeſſores* etiam erant miniſtri conſilii provincialis, & ſocii quodammodo Præſidis: nam & ipſi adſidebant, hoc eſt, juxta ſedebant in tractandis provinciæ negotiis, & omnia fere peragebant, quæ ad judicia, & juridicam & legitimam provinciæ adminiſtrationem attinebant. *L. 1. ff. de off. adſeſſ.* Plures erant adſeſſores, ut conſtat in jure noſtro, plures & Legati. Tres Legatos Q. Fratris nominat Cicero loco ſupra allegato: tres etiam ad minus Legati Verris, ut modo diximus. Liv. *Decernunt frequentes, ut C. Sulpicius Prator tres ex Senatu nominet Legatos.* Cicero Proconſul in Ciliciam quatuor duxit Legatos. Studioſi juris erant Adſeſſores *d. L. 1.* Inter Legatos Q. Fratris nominat Cicero Tuberonem, maximum eo ævo Juriſconſultum. Adſeſſores de publico ſalarium accipiebant, ut ex *L. diem functo ff. de off. adſeſſ.* probant communiter DD. item & Legati, ut nominatim in rationibus Verris, quas ſupra attulimus. Neque mirum cuiquam videatur, quod Cicero ſemper Legatos eos nominet, numquam verò Adſeſſores: hoc enim verbum eo tempore non erat uſu adeo protritum: & vix umquam eo uſus eſt M. Tullius. Sanè in illa longiſſima oratione contra Verrem de juriſdictione Siciliensi, in qua judicia omnia Verris diligentiſſime expendit, & excuſſit, numquam Adſeſſorum mentionem fecit. Atque eo amplius, quod Verres de ſua cohorte judices ſæpenumero dabat, aut de ejus conſilio judicabat. Ibi: *eum judicem, quem commodum erat, præconem, aruſpicem, medicum ſuum dabat.* Et infrà: *Hac copia, quam dico, judicum, cohors non Q. Scavola, qui tamen de cohorte ſua dare non ſolebat, ſed Caji Verris. Cujuſmodi cohortem putatis hoc principe fuiſſe?* Et rurſus: *hominem innocentem a C. Sacerdote abſolutum de ſententia ſcribæ, medici, aruſpiciſque condemnat.* Numquam autem queritur, quod Adſeſſorum conſilio non fuerit uſus. Puto igitur eo tempore Præſidibus Legatos à ſenatu fuiſſe datos adjutores publicorum negotiorum: ſed cum quidam id munus detrectarent; ut de Attico teſtatur Cornelius Nepos *in ejus Vita*: quidam eos maximis controverſiis extorquerent à Senatu: quidam etiam repugnante Senatu eos eligerent. Cic. *in Vatinium*: *Quis Legatos umquam audivit ſine Senatuſconſulto? ante te nemo, poſt continuo idem in duobus prodigiis Reip. Clodius*: & pro Sextio: *Quos Legatos non modo nullo S.C. ſed etiam repugnante Senatu tute tibi legaſti*: Puto, inquam, munus Legati deſiiſſe paulatim, & in munus Adſeſſoris tranſlatum, & pro Legatis ſecum duxiſſe Adſeſſores, quos ipſi Præſides eligebant: atque illis Alexandrum Severum ſalaria conſtituiſſe, ſeu ante ipſum Peſcennium Nigrum, quâ de re infra. Jam verò ad alios 7
Comites progrediamur. Convictores nominat Cicero in laudata *epiſtola ad Q. Fratrem.* Hi & contubernales dicebantur, qui tamen in edicto Julii Cæſaris à Comitibus diſtinguuntur. Sueton. in *Caſare c. 42. Sanxit ne quis Senatoris filius, niſi contubernalis, aut comes magiſtratûs peregrè proficiſceretur.* Contubernales, id eſt, quos vocamus *Camerate.* Et huc referenda eſſe arbitror verba Ciceronis *Lib. 2. in Verr. ut quiſque te maximè cognatione, affinitate, neceſſitudine aliquâ attingebat, ita maxime manus tua putabatur.* Hi nempe erant Verris convictores, & contubernales, quos Româ ſecum in Siciliam duxerat, ſcelerum, &

rapinarum adjutores, & adminiſtros.

Apparitores erant, qui magiſtratibus apparebant, hoc eſt, præſto erant ad obſequium, ut ait Servius ad illud *Virgilii Lib. 12.*

> *Hæ Jovis ad ſolium, ſævique in limine Regis*
> *Apparent.*

Hoc nomen & officium comprehendebat Scribas, Accenſos, Interpretes, Viatores, Præcones, Lictores, Servos publicos. *Accenſi*, qui accire, & arceſſere populum, aut concionem jubebantur, quod officium libertis conferri ſolebat, ut teſtatur Cicero in laudata epiſtola ad Q. Fratrem. *Scribæ*, qui rationes publicas, leges, acta omnia deſcribant in tabulis.

9 Ad ſummam hoc ſit conſtitutum, ex Comitibus componi cohortem prætoriam; cohortem autem nihil aliud eſſe, quàm id quod dicimus *Corte del Commiſſario*, *Corte del Principe*, Etruſco vocabulo à Latino deducto. Imò & ipſiſſimum Latinum: nam Latini illud aliquando contrahebant, & *chortem* dicebant pro *cohorte*. Sicut apud Latinos duplex erat hujus vocis ſignificatio; nam & hominum collectionem ſignificabat publicis negotiis inſervientem, ut ſuprà diximus, & locum in domo concluſum ſub dio, ut cùm Martialis nominat *chortis aves*; ſic & apud nos in utrâque ſignificatione accipitur vox illa *Corte*. Etiam in jure noſtro *Comites, & Cohors* in eamdem ſententiam accipiuntur, ut apparet jungendo *l. 1. cum l. 5. ff. de Lege Jul. repetund.* In *L. 1. Lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magiſtratu, poteſtate &c. cepit, vel cùm ex cohorte cujus eorum eſt.* In *L. 5. In comites quoque judicum ex hac Lege judicium datur.* Quamobrem Cic. in *l. 2.* in Verr. de Verris cohorte: *Quidquid ab horum quopiam captum eſt, id non modò tibi datum, ſed tuâ manu numeratum judicari neceſſe eſt. Nam ſi hanc defenſionem probabitis, non accepit ipſe, licet omnia de pecuniis repetundis judicia tollatis.*

Doctiſſimus Cujac. *Lib. 7. obſervat. c. 22* 10
in libris noſtris ſemper *Comites* pro Aſſeſſoribus accipi affirmat. id utrum verum ſit, valdè dubito. Repugnat enim vehementer, quòd in laudatis modò Legibus traditum eſt. Primùm enim quis dixerit, cohortem comprehendere ſolos aſſeſſores? Cohortis nomen univerſam familiam continet. Præterea cui poterit perſuaderi, ſolos Adſeſſores teneri Lege Julia repetundarum? Annon & alii Comites in idem crimen poſſunt incurrere? In *L. eadem 6. ff. eod. eâdem Lege tenetur, qui ob denuntiandum, vel non denuntiandum teſtimonium pecuniam acceperit.* Pertinet hoc ad officium Apparitoris, aut Accenſi. Denuntiare enim teſtimonium eſt evocare aliquem, ut certo die compareat in judicio ad dicendum teſtimonium. Duo enim erant genera teſtium, voluntariorum, & eorum, quibus denuntiabatur teſtimonium: hoc eſt, qui in publicis judiciis vocabantur ad dicendum teſtimonium, quod, vellent, nollent, dicere cogebantur, poſtulante id accuſatore. Vide Quinctil. *inſt. orator. Lib. 5. cap. 7. in princ.* Plin. Cæcil. *Lib. 6. epiſtola ad Urſum & L. Lege Julia 4. & L. inviti 19. ff. de teſtib.* Qui autem hac de cauſa pecuniam acceperit, non ſolùm Lege Julia repetundarum tenetur, ſed etiam Lege Cornelia *L. ult. ff. de concuſſion.* Confer amplius Leges quartam & quintam *ff. de Leg. Jul. repet.* In *L. 4.* agitur de iis, quæ pertinent ad officium Aſſeſſoris, quæ recenſentur in *L. 1. ff. de off. adſeſſ.* At in Lege ſequenti agitur de illis, quæ pertinent ad officium aliorum Comitum: & tam hi, quam illi eodem modo tenentur Lege Julia.

Non diſſimile argumentum duci poteſt à *L. Lege Julia 7. in fine ff. ad Leg. Jul. de vi publ.* ibi. *Item quod ad legatos, oratores, comiteſve attinebit, ſi quis eorum quem pulſaſſe, & ſive injuriam feciſſe arguetur.* Abſurdum planè eſſet exiſtimare aut ſolos Aſſeſſores poſſe pulſare aliquem eumve injuriâ afficere: aut eos ſolos teneri Lege Julia de vi, non autem alios Comites. Profectò ſtomacho ſum imbecillior, quàm ut hæc concoquere poſſim. Quid? quod in *L. ſi quis*

forte 6. ff. de pœn. tradit Ulpianus, poteſtne reſtringi ad ſolos Aſſeſſores? In §. *ſi quos comitum* ait Ulpianus: *Si quos comitum, vel legati ſui reos proconſul invenerit, utrum punire eos debeat, an ſucceſſori ſervare, quæri poteſt. Sed multa extant exempla, quæ non tantum officialium ſuorum, nec ſub ſe agentium, verum ſuos quoque ſervos pœnæ adfecerunt: quod quidem faciendum eſt, ut exemplo deterriti minùs delinquant.* Plura in hìs verbis ſunt obſervanda. *Primum*, quòd hic Ulpianus agit etiam de Comitibus Legati: atqui Legatum Proconſulis Aſſeſſores habuiſſe nuſquàm legimus. Porrò Alexander Severus nec Adſeſſores Proconſulum admodùm probabat, dicens eos eſſe promovendos, qui per ſe rempublicam gerere poſſent, non per Adſeſſores; ut refert Lampridius *in ejus Vita.* Præthereà quis poteſt opinari in hac lege tribui facultatem Proconſuli puniendi ſolummodò ſuos, ſuique Legati Adſeſſores, ſi ſervos etiam hæc diſpoſitio comprehendit, & uſque ad infimum genus hominum deſcendit? Tertio obſervanda ſunt illa verba *officialium ſuorum, nec ſub ſe agentium*, quæ omnes comprehendunt. Officiales erant Apparitores, aliique quorum miniſterio Præſes, vel qui poteſtatem habebat, utebatur ad exequenda decreta, res judicatas, edicta. Paulus. *Lib. 5. ſentent. tit. 12. de jure fiſci. Quoties ſine auctoritate judicati officiales alicujus bona occupant, vel deſcribunt, vel ſub obſervatione eſſe faciunt, adito Procuratore injuria ſubmovetur.* Agit hic de officialibus Procuratoris fiſci, qui ab Imperatoribus *Cæſariani* nuncupantur in *L. prohibiti 5. C. de jure fiſci.* Sed & Præſidum miniſtri officiales dicebantur, qui perpetui erant. *L. Præſidis 34. ff. de reb. cred.* ubi legendum: *qui*, non *quia*: non omnes enim officiales perpetui erant. Officium dicitur ab Ulpiano in *L. 1* in *fin. ff. de quæſtion. Potes itaque decreti gratiam facere, & eum (ſervum) per officium diſtrahi jubere*: Officium enim pro officialibus ſæpe dicebant. In paſſione S. Mammertis: *Soluſque Præſes cum ſuo officio illæſus remanſit.* Et in Vita SS. Agapis &c. *Videns ergo Præſes, ſe ab officio ſuo eſſe contemptum*: & infra: *dicam me ita ab officio meo ludibrio habitum. L. ſi plus 74 §. 1. ff. de evict.* juncta *L. ſi pigra 50. ff. eod. L. officia 4. C. de cohortal.* Sicut miniſterium pro miniſtris Paulus in *L. 4. §. quod ſi urbana ff. de pen. leg. Urbica miniſteria dicimus, & quæ extra urbem nobis miniſtrare conſueverunt.* Lamprid. in Commodo: *Patris miniſteria ſeniora ſubmovit, amicos ſenes abjecit.* Trebell. *in Claudio*: *Tantùm miniſteriorum quantùm nos ipſi nobis per ſingulas quaſque civitates decernimus.* Jam verò illa verba *ſub ſe agentium* poſſuntne eſſe magis generalia? Exempla quoque, quibus movetur Ulpianus, non pertinent ad Adſeſſores, ſed ad omnes. Certè Cicero cùm nuſquàm inter Verris Comites nominaverit Aſſeſſores, ait: *Si in hominibus eligendis nos ſpes amicitiæ fefellerit, ut vindicemus, miſſos faciamus.* Atqui hæc verba referuntur ad Volcatium, qui non erat Adſeſſor Verris. Et infrà acerrimè in Verrem invehitur, quòd in Volcatium non animadverterit. Præſides enim Comites delinquentes aut puniebant, aut dimittebant. Sueton. *in Neron. cap. 5.* de patre ipſius Neronis ait: *Siquidem comes ad orientem C. Cæſaris juvenis, occiſo liberto ſuo, quòd potare, quantùm jubebatur, recuſaret, dimiſſus è cohorte amicorum nihilo modeſtius vixit.* Denique obſervandum, propoſitam in hac Lege quæſtionem minùs habere dubitationis in Aſſeſſoribus, quam in aliis Comitibus, quia Aſſeſſores, cùm ex ea provincia eſſe non poſſint *L. 3. ff. de Offic. aſſeſſ.* non debere ſervari ſucceſſori admodùm probabile eſt, eum abeunte Prætore aut Præſide ipſi quoque de provincia decedant. Ad alias Leges expendendas progrediamur.

In *L. Senatuſconſulto 16. ff. de offic. Præſid. Senatus conſulto cavetur, ut de his quæ provincias regentes, comites aut libertini eorum, antequam in provinciam venerint, contraxerunt, parciſſimè jus dicatur: ita ut actiones, quæ ob eam cauſam inſtitutæ non eſſent, poſteaquam quis eorum eâ provinciâ exceſſerit, reſtituantur.* Quis poteſt dubitare, quin hoc Senatuſconſulto comprehendantur omnes Comites, cùm complectatur etiam liberti

nos? Quid cauſæ eſt, cur id tribuatur ſolis Aſſeſſoribus, non etiam aliis Comitibus, qui Præſidi ad regendam provinciam ſunt neceſſarii, & reipublicæ operam impendunt? Rectè Cicero in aurea illa ad Q. Fratrem epiſtola Præſidi neceſſarios eſſe dicit Apparitores: ſine his enim neque juſtitia, neque provincia poteſt adminiſtrari. Ergone his miniſterium, quod reipublicæ præſtant, debet eſſe damnoſum? Obſervandum eſt enim, quòd hic non agitur de aliquo privilegio & lucro captando, ſed de damno vitando & non amittendis actionibus. Num id minus merentur Apparitores, quam Aſſeſſores. Imo multò magis; nam multò facilius eſt Aſſeſſoribus etiam abſentibus in judicio ſe defendere per procuratores, & actiones, quæ tempore perituræ ſunt, intendere, quàm Apparitoribus. Neque quiſquam putet, in Senatusconſulto Apparitores expreſſos fuiſſe nomine libertinorum, ſecundùm id quod à Cicerone traditur in laudata epiſtola: *non temerè, niſi libertis ſuis deferebant, quibus illi quidem non multò ſecùs ac ſervis ſuis imperabant.* Etenim ibi Cicero loquitur de Accenſo, cujus munus erat multò dignius, & ideò libertis deferri ſolebat. Prætereà id in uſu fuiſſe refert apud majores, non autem tum temporis, & apparet ex toto verborum complexu, fratrem ejus hoc munus non detuliſſe libertis ſuis. Denique ſi quis non elegiſſet ad hæc officia libertos ſuos, vel quòd haberet, vel quod non haberet idoneos: num idcirco ejus. Apparitores frui non debuiſſent hoc beneficio, quod non conditioni perſonarum, ſed juſtiſſimæ abſentiæ cauſæ tributum fuit? Ergone quòd liberti non eſſent, abſentiæ ſuæ damnum pati debebant, & impenſæ operæ in utilitatem, & commodum reipublicæ? Libertinos igitur adjecit Senatusconſultum, ut comprehenderet etiam eos, quos ſecum ducebant Præſides ad uſum domeſticum, & rem familiarem adminiſtrandam, de quibus Cicero in laudata epiſtola: *quos verò aut ex domeſticis convictoribus, aut ex neceſſariis apparitoribus tecum eſſe voluiſti.* Domeſticos convictores appellat, quia domi ſimul cum Præſide vivebant & paſcebantur. Ac veriſimile eſt, ſolitos fuiſſe ad domeſtica miniſteria exercenda ducere libertinos; ſervis enim munia ſordida, ac vilia committebant; libertinis digniora, & ſæpenumero hac de cauſa ſervos manumittebant, ut iis ad hæc officia uterentur. Hinc ſæpè in danda libertate onus imponebant præſtandi operas patrono.

Occurrit modò explicandum Juriſconſulti reſponſum in *L. adminiſtrantes* 41. § *eorum ff. de excuſ. tut. Eorum, qui reip. cauſa abſunt, comites, qui ſunt intra ſtatutum numerum, de tutela, quæ abſentibus, aut profecturis delata eſt, excuſantur.* Soline aſſeſſores excuſantur à tutelis? Quid Præfecti? quid Medici? quid Haruſpices? Ergone Romani, qui omnia auſpicatò gerebant, indignos excuſatione judicabant Haruſpices? Sed res eſt procul ab omni controverſia. Dilucidè enim id declarat. J. C. illis verbis: *comites, qui ſunt intra ſtatutum numerum.* Qui ſunt iſti? nempe omnes, qui non erant ſupra numerum ſtatutum à legibus. Nimirum ne eſſet in facultate Præſidis, cuicumque libuiſſet, à publicis oneribus immunitatem præbere: & ne quicumque, vel negotii ſui gerendi, vel oblectationis ſuæ, vel amicitiæ gratiâ cum Præſide proficiſcebatur, gauderet illis privilegiis, quæ abſentibus Reipublicæ cauſâ tribuebantur, certus numerus Comitibus erat ſtatutus. Valerianus Imperator in *epiſtola*, quam refert Trebellius in *Claudio*: *Sanè ſcias tantùm ei à nobis decretum ſalarii, &c. tantùm miniſteriorum, quantùm nos ipſi nobis per ſingulas quaſque decernimus civitates.* Et in alia epiſtola ad *Procuratorem Syriæ* decernit eidem Claudio *notarium unum, venatores duos, carpentarium unum, curatorem Prætorii unum, aquarium unum, piſcatorem unum, dulciarium unum, balneatorem unum, coquum unum, mulionem unum.* En! qui ſunt intra ſtatutum numerum. Juſtinianus in *L.* 1. §. *& in officio* 3. *C. de offic. Præf. Prætor. Africæ. Et in officio quidem tuæ magnitudinis, nec non pro tempore viri magnifici Præfecti Prætorio Africæ trecentos nonaginta ſex viros per diverſa ſcrinia, & officia militare*

decernimus. In officiis verò Conſularium ac Præſidum quinquaginta homines per ſingula officia eſſe ſancimu. In *L.* 2. *C. de apparit. Procos. & Leg. Apparitioni tuæ , & legatorum quadringentos cenſuimus deputandos de his dumtaxat, quos eſſe ſibi detractos reipublicæ membra non queruntur*. In *L. un. C. de apparit. Comit. Orient. In officio comitis Orientis non amplius , quàm ſexcenti apparitores habeantur , quos quidem publicis neceſſitatibus novimus abundè ſuppetere.* Ergo non infinita facultas dabatur , quotcumque vellent , Apparitores habendi , ſed eos dumtaxat , qui neceſſitatibus publicis poſſent ſufficere. Hinc Cicero vocat eos neceſſarios Apparitores. Nec poterant eligi , qui alicui miniſterio reipublicæ erant addicti. *d. L.* 2. Quamobrem vel ad ærarium deferri vel in commentarium Principis referri debebant , ut gauderent privilegiis eorum , qui reipublicæ cauſa aberant. *L. abeſſe* 32. *ff. ex quibus cauſ. major.* Qui erant ſupra ſtatutum numerum , illis non gaudebant , quia navare operam reipublicæ non videbantur.

Superſunt aliæ duæ Leges , in quibus agi de Aſſeſſoribus non improbabiliter dici poteſt. Prima eſt *L.* 4 *ff. de Aſſeſſ.* Gloſſa ibi *Comites* exponit *Aſſeſſores* , de quibus agitur in eo titulo. Sed in his , quæ pertinent ad antiquitatem , & reconditarum literarum cognitionem , Gloſſa parum habet auctoritatis. At conſentit Cujacius. Et quidem tanti viri auctoritas ipſa me frangeret. Sed cum ſemper in jure noſtro Comitum nomine intelligendos eſſe ſolos Aſſeſſores ſine ulla hæſitatione pronunciaverit , quod falſum eſſe hactenùs demonſtravi ; non exiſtimo temerarium eſſe , ab ejus ſententia etiam in hujus Legis explicatione recedere. Itaque n n ſum alienus à ſententia Joannis & Angeli , qui etiam hîc omnes Comites putant comprehendi. Quid enim cauſæ eſt , cur verbum generale ad ſolos aſſeſſores reſtringamus ? Nempè quia in hoc titulo de aſſeſſoribus agitur. Sed quid prohibet etiam de aliis Comitibus agi , ſi in illis eadem ſit ratio, idemque jus conſtitutum ? Si verba generalia Legum ad rubricam , cui ſubjecta ſunt , ſemper reſtringere velimus , & explodere ea omnia , quæ ab ea aliena , non modicam partem juris civilis expungemus. Quod autem etiam hac Lege alii Comites præter Aſſeſſores comprehendantur , probari poteſt per *L. Sed addes.* 19. *§ cum quidam ff. Locat.* , „ *Cum quidam exceptor operas ſuas locaſſet , deinde is , qui eos conduxerat , deceſſiſſet , Imperator Antoninus cum Divo Severo reſcripſit ad libellum exceptoris in hæc verba : cum per te non ſtetiſſe pro onas , quominus locatas operas Antonio Aquilæ ſolveres , ſi eodem anno mercedes ab alio non accepiſti , fidem contractus impleri , æquum eſt.* Subinde Ulpianus ad confirmandum hoc imperatorum reſcriptum , ſubjicit reſponſum Papiniani de Comitibus , quod habetur in noſtra *L.* 4. *ff. de aſſeſſ.* per eadem verba. Hinc apparet , quod illud Papiniani reſponſum de Comitibus pertinet etiam ad Exceptores.

Exceptores erant Apparitores , & de co- 11
horte prætoria. Erant enim Scribæ, qui excipiebant , & ſcribebant verba , & dicta loquentis eâ celeritate , ut velocitatem dicentis aſſequerentur. Notis enim quibuſdam utebantur , quæ σημεῖα à Græcis , hoc eſt , ſigna vocantur. Ea inveniſſe Ciceronem refert Plutarchus : Mæcenatem Dion Caſſius. Harum notarum , & ſignorum , quæ *ſiglas* dicebant , meminit Juſtinianus in *L. ult. §. eadem pœna* 22. *C. de veter. jur. enucl.* Ab his notis dicebantur etiam *Notarii.* Titus Imperator in hac arte erat exercitatus in primis. Sueton. *in ejus Vita cap.* 3. *E pluribus comperi , notis quoque excipere velociſſime ſolitum , cum amanuenſibus ſuis per ludum jocumque certantem imitari chirographa, quæcumque vidiſſet : ac profiteri ſæpè, ſe maximum falſarium eſſe potuiſſe.* Hi autem Exceptores ſcribebant acta judicum , & acta Præſidum. Modeſtin. in *L. inter eos* 33 §. 1. *ff. ex quib. cauſ. major. Eos , qui notis ſcribunt acta Præſidum , reipublicæ cauſa non abeſſe , certum eſt.* Anaſtaſius Imper in *L. in ſacris ſcriniis* 12. *§. modum. C de prox. ſacr. ſcrinior. Jubemus pro editione actorum exceptoribus dimidiam ſolidi partem dari.* In

L. ult §. ult. C. de Caſtrenſ. & miniſterian. Advocato quoque fiſci, exceptoribus etiam, qui apud arbitros hoc utuntur officio, tertiam duntaxat ſolidi partem præbituros. Legebant præterea acta Præſidibus. D. Auguſtin. *contra Creſcon. Lib. 5. cap. 29. Legantur acta. Zenophilus Conſularis dixit: Legantur; & legit N. exceptor ea, quæ Diocletiano imperante acta fuerant.* Quocircà dicebantur etiam *ab actis*, hoc eſt, Actuarii. Sueton. *in Julio cap. 55. Orationes aliquas reliquit, inter quas temerè quædam feruntur: ut pro Q. Metello, quam non immerito Auguſtus exiſtimat magis ab actuariis exceptam, male ſubſequentibus verba dicentis, quam ab ipſo editam.*

Erant ergo Exceptores Actuarii, Notarii, Scribæ. Scribæ autem erant inter Comites Præſidis, & in cohorte prætoria: erant enim ex Apparitoribus. Cic. *Lib. 3. in Verrem. de ſcriba ipſius Verris, cui quinquageſima deducta erat ex pecunia, aratoribus ſolvenda pro frumento. Sin autem & populus id voluit, & æquum eſt ſolvi aratoribus, tuus apparitor parva populi mercede conductus prædabitur?* Et infrà. *Qua in civitate C. Catoni, clariſſimo viro, conſulari homini HS. XVIII. millibus lis æſtimata ſit; in eadem civitate apparitori tuo eſſe conceſſum, ut HS. uno nomine tredecies auferret?* Alii legunt *quatuordecies*, tanti enim erat quinquageſima, quam Scriba Verris deduxerat. Scribam etiam comparat aliis Apparitoribus. *Quamobrem enim ſcriba deducat, ac non potius mulio, qui advexit? tabellarius, cujus adventu certiores facti petiverunt? præco, qui adire juſſit? viator, ac Venerius, qui fiſcum ſuſtulit?* Erant enim Scribarum Decuriæ, ex quibus Scribæ Magiſtratuum deſumebantur: & Præſidum Scribæ rationes conficiebant, ut apparet ex hac oratione, & maximè ex epiſtola ejuſdem Ciceronis *Lib 5. ad fam. epiſt.* 20. quæ tota eſt de rationibus confectis à M.Tullio Laurea Scriba Ciceronis. Decuriam autem emebant, ut in eam referrentur, ſicuti emebantur aliæ militiæ, de quibus alibi diximus. Id. Cic. *in ead. Orat. Noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis, ac de ſcenicorum corollariis cum decuriam emerunt, ex primo ordine exploſorum in ſecundum ordinem civitatis ſe veniſſe dicunt.* Sugillat hìc Scribam Verris, quem ipſe in concione annulo aureo donaverat. Secundus enim ordo civitatis eſt equeſter, ad quem non pauci Scribæ perveniebant.

Hoc videntur fuiſſe deterioris conditionis Exceptores Scribis, qui rationes conficiebant: quod hi ſalarium habebant à publico. Cic. ſuprà: *tuus apparitor parvâ populi mercede conductus.* Exceptores autem non ſemper id conſequebantur, ut conſtat ex *L.exceptores C. de numerar.* Nimirùm quia multi non erant adſcripti militiæ, ſed in provincia, hujus erant, hoc munere fungebantur. Cæterùm quod Exceptores etiam ſalarium à publico perciperent, & ſcholam haberent, & ordine promoverentur ad primiceriatum ſeu principatum ſcholæ & officii, probant evidenter. *L. 1. §. in ſchola exceptorum C. de offic. Præf. Africæ. L. ult. C. de apparitor. Præf. Prætor. L. 2. C. Theodoſ. de numer. & actuar.* & hoc ſalarium gaudebat prærogativa caſtrenſis peculii *L. ult. C. de caſtrenſ. pecul. mil. & præfect.* Sed de ſalario infrà dicemus.

Supereſt *L. 1. §. ſed. etſi comites ff. de extraord. cogn. Sed etſi comites ſalarium petant, idem juris eſt, quod in profeſſoribus placet.* 12 Non intelligo, cur reſtringi debeat ad ſolos Aſſeſſores. Non eſt id quidem improbabile propter comparationem profeſſorum: ſed tamen neceſſarium non eſt. Neque enim comparat Comites profeſſoribus quoad exercitium & munus: ſed quoad cognitionem cauſarum. Videlicet, quod quemadmodum Præſes cognoſcit de cauſis profeſſorum, de quibus hactenus dixerat; ita cognoſcit de cauſis Comitum: non quod eadem omninò ſit in utriſque ratio: ſed quod idem modus cognoſcendi in utriſque ſervatur. Nam & de nutriciis idem extra ordinem jus dicit. *d. l. 1. in fin.* & de uſu aquæ, & de rivis, & de equis alienis à ſciente poſſeſſis *l. 2. ff. eod.* & in multis aliis cauſis, quas generatim attingit Calliſtratus in *l. 5. eod.* Quæ nihil commune habent cum profeſſoribus, & Aſ-

Digitized by Google

ſeſſoribus. Hoc amplius, ſi etiam iis, qui non ſunt profeſſores extra ordinem jus dicit, ut ludimagiſtris, librariis, notariis, tabulariis *d. l. 1. §. Ludi quoque*, cur non & Comitibus? Annon etiam inter Comites ſunt librarii, notarii, & tabularii? Ergone jus dicet cæteris, non iis, qui ſunt ex cohorte prætoria? Ecquid cauſæ eſt, cur dicere debeat jus nutricibus, & tot aliis, qui ſunt omnino diverſi generis, non autem ſuis Comitibus, quos ipſi reſpublica dedit adjutores publicorum negotiorum? Ita deſcribit eos Cicero in *laudata epiſt. ad Q. Fratrem.* Quid Medici? Quid Haruſpices? an erunt deterioris conditionis illi, qui ſunt in miniſterio Præſidis, quàm cæteri omnes, qui privatis locant operas ſuas. Porro in laudata *L. 1.* in antecedenti §. 7. excluduntur ſolùm opifices, ſeu artifices artium, quibus propriè merces debetur; de mercedibus autem non cognoſcit Prætor aut Præſes, ſed ſolum de ſalariis *l. qui mutuam 56. §. ſalarium ff. mand. l. 1. C. eod. l. creditor 52. §. inter venditorem. ff. de Act. Empti.* Comitibus autem ſalarium debetur: & ideò extraordinaria cognitione peti debet.

13 Expoſitis cunctis Legibus, quæ ad Comites pertinent, de eorum ſalario pauca ſubjiciamus. Cic. *Lib. 5. ad Attic. epiſt.* 10. *Adhuc ſumptus nec in me aut publicè aut privatim, nec in quemquam comitum. Nihil accipitur Lege Julia: nihil ab hoſpite: perſuaſum eſt omnibus meis, ſerviendum eſſe famæ meæ.* Legem Juliam tulit Julius Cæſar Conſul cum Bibulo anno DCXI. quâ inter alia cautum erat, ut Præſidibus, & eorum Comitibus fœnum, & alia iter facientibus neceſſaria miniſtrarent. Idem Cic. *epiſt.* 16. *ejuſd. lib. Levantur tamen miſeræ civitates, quod nullus fit ſumptus in nos, neque in legatos, neque in quæſtorem, neque in quemquam. Scito, non modo nos fœnum, aut quod Lege Juliâ dari ſolet, non accipere, ſed ne ligna quidem, nec, præter quatuor lectos & tectum, quemquam accipere quidquam: multis locis ne tectum quidem, & in tabernaculo manere.* Et *epiſt.* 21. *Cave putes quidquam homines magis umquam eſſe miratos, quàm nullum teruncium, me obtinente provinciam, ſumptûs factum eſſe, nec in Rempublicam, nec in quemquam meorum, præterquam in L. Tullium Legatum: it, cæteroqui abſtinens, ſed Julia Lege tranſita, ſemel tamen in diem, non ut alii ſolebant, omnibus vicit; præter eum ſemel, nemo accepit.* Reſpublica enim magiſtratibus in provinciam proficiſcentibus ſubminiſtrabat mulos, tabernacula, ſupellectilem, annonam. Cic. in *Agrar. contra Rullum.* 11. *Dat præterea poteſtatem verbo prætoriam, &c. deindè ornat apparitoribus, ſcribis, librariis, præconibus, architectis: præterea mulis, tabernaculis, centuriis, ſupellectile: ſumptum habuit ex ærario, ſuppeditat à ſociis, &c.* Deinceps. *Quid me iſta lædunt, ſcriba, lictor, præco, pullarius?* Hi erant de cohorte prætoria. Quoad tabernacula idem Cicero in *Piſon. propè finem: Pellium nomine omnem quæſtum illum domeſticum, paternumque renovaſti.* Quæſtor enim ex ærario pecuniam accipiebat, tum etiam à provincialibus tributorum, & vectigalium nomine exigebat. Prætor autem per mancipes ea omnia ſuppeditabat tum ſibi ipſi, tum ſuis Comitibus, tum etiam militibus, quibus militaris annona dabatur. Cic. *eod. loco.* objurgat Piſonem, quod pecuniam acceptam ab ærario Romæ in quæſtu reliquiſſet. *Nonne ſeſtertium centies, & octogies, quod quaſi vaſarii nomine, in venditione mei capitis adſcripſeras, ex ærario tibi attributum, Romæ in quæſtu reliquiſti.* Hanc pecuniam per ſuum Scribam Prætor in rationes referebat; quas ex Lege Julia in duabus civitatibus ejus provinciæ, quam adminiſtraverat, perſcriptas relinquere tenebatur, & Romæ reverſus ad ærarium referre. Et poſt relatas rationes intra menſem deferre etiam nomina Comitum, & contubernalium. Cic. *in epiſt.* 20. *lib.* 5. *Liberum enim mihi tempus ad eos deferendos exiſtimabam dari: poſtea certior ſum factus, triginta diebus deferri neceſſe eſſe, quibus rationes retuliſſem.* Et paulo ante: *Scito à me & tribunos militares, & præfectos, & contubernales duntaxat meos delatos eſſe.* Contubernales, ſeu Comites duntaxat ſuos ſe detuliſſe profitetur, non tribunorum: nam & ipſi

& ipſi Comites habebant. Hæc lucem afferunt reſponſo Modeſtini in *l. abeſſe* 32. *in fin. ff. ex quibus cauſ. major.* ibi: *qui ad ærarium delati, aut in commentarium principis relati ſunt.* Delati ad ærarium Comites magiſtratuum dicebantur, qui ab ipſo magiſtratu deferebantur: hoc enim verbo propriè utebantur, ut ex ſuperioribus Ciceronis verbis apparet. Relati in commentarium principis, qui in eo deſcribebantur, quod nos dicimus, *mettere, è ſcrivere al ruolo del Principe.* Delati autem in ærarium quibuſdam beneficiis fruebantur, de quibus infrà. Hinc etiam intelligimus ejuſdem J. C. reſponſum in *l. ſeq.* §. 1. id enim exponi debet de Comitibus, qui non ſunt ad ærarium delati. Horum exemplum apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verrem. Accepi vicies ducenta, triginta quinque millia quadringentos XVII. nummos: dedi ſtipendia, frumenta, legatis, proquæſtoribus, cohorti prætoria HS. mille ſexcenta, triginta quinque millia, quadringentos XVII. nummos: reliqui Acimini HS. ſexcenta millia.* Sed hoc exemplum ſingulare fuit, & acriter à Cicerone reprehenſum. Olim igitur ſupellex & annona Præſidibus ejuſque Comitibus ſuppeditabatur. Lamprid. *in Alexandro Severo. Judices cum promoveret exemplo veterum, ut & Cicero docet, & argento, & neceſſariis inſtruebat: ita ut Præſides provinciarum acciperent argenti pondo vicena, phialas ſenas, mulos binos, equos binos, veſtes forenſes binas, domeſticas ſingulas, balneares ſingulas, aureos centenos, coquos ſingulos, &, ſi uxores non haberent, ſingulas concubinas &c. reddituri depoſita adminiſtratione mulas, mulos, muliones, & coquos: cætera ſibi habituri, ſi bene egiſſent: in quadruplum reddituri, ſi male.* Morem igitur veterem renovavit Alexander, niſi quod vaſario & ſalario veteri addidit ſtipendium. Idque deinceps fere ſemper fuit ab Imperatoribus uſurpatum, ut patet ex epiſtolis Valeriani apud Trebellium *in Claudio*, de quibus ſupra mentionem fecimus, & ex aliis ſcriptoribus Hiſtoriæ Auguſtæ. Primus Auguſtus, cum antea locarentur mancipibus ea, quæ Præſidibus publicè attribuebantur, *auctor fuit, ut proconſulibus ad mulos, & tabernacula, quæ publicè locari ſolebant, certa pecunia conſtitueretur.* Sunt verba Suetonii *in Augusto. cap.* 36. Poſteà Peſcennius Niger ad Antoninum, & Commodum ſcribens conſuluit, ut adderent conſiliariis ſalaria, ne eos gravarent, quibus aſſidebant: dicens, Judicem nec dare debere, nec accipere. Ita Spartianus *in Peſcennio Nigro.* Dubitandum tamen, an hujuſmodi conſilium valuerit apud eos Imperatores: nam Lampridius hoc tribuit Alexandro *in ejus Vita*: *Aſſeſſoribus ſalaria inſtituit, quamvis ſæpè diceret, eos eſſe promovendos, qui per ſe rempublicam gerere poſſent, non per aſſeſſores.*

His efficitur tam Comites, quam Præſides 14 ipſos ſalarium, & omne lucrum à publico percepiſſe. Id autem primum vaſarii nomine percipiebant, & cibariorum. Cic. *Lib.* 4. *in Verr. Neminem, qui cum poteſtate, aut legatione in provinciam eſſet profectus, tam amentem fore putaverunt, ut emeret argentum: dabatur enim de publico: ut veſtem, præbebatur enim legibus: mancipium putaverunt, quo & omnes utimur, & non præbetur de populo.* Et ſupra ex Lampridio probavimus. Id. Cic. in laudata *epiſt.* 20. *debes exiſtimare eo minus ad te, vel de tuis cibariis, vel de mea liberalitate perveniſſe.* Cibaria dixit Cicero: noſtri annonam vocant. Annona autem comprehendit panem, carnem, oleum, vinum, ſal, aliaſque ſpecies, quas vocabant ſpecies cellarienſes, hoc eſt, quæ ex cella penaria promebantur. Item *capitum*, hoc eſt, pabula animalium, de quibus omnibus in toto *tit. C. Theodoſ. de erogat. milit. annon.* Pro his ſpeciebus poterant & pretium juxta fori nundinationem accipere *L. procuratores* 31. *C. Theod. de erog. milit. annon.* Lucellum hoc dicitur à Catullo in epigr. ſupr.

Ecquidnam in tabulis datur lucelli
Expenſum? ut mihi qui meum ſequutus
Prætorem refero datum lucello.

Erat & aliud lucellum, quod vel à volenti-

bus provincialibus, ipſis impertiebatur, vel permiſſu Prætoris ab ipſis exigebant, vel ex ſua negotiatione percipiebant. Cic. *Lib.* 3. *in Verr. Age, quid tum? Si Apronio, deliciis Prætoris, lucelli aliquid juſſi ſunt dare, putate Apronio datum, ſi Apronianum lucellum, ac non prætoria præda vobis videbitur.* Probat deinceps, tam immanem ſummam, non Apronii lucellum eſſe potuiſſe, ſed prædam Verris Prætoris ſocios expilantis, & provinciam diripientis. Catullus, qui Memmium Prætorem in Bithyniam ſecutus erat, diſtinguit id, quod de publico acceperat, ab eo, quod in provincia natum dicitur: & queritur, neutro ſe locupletatum. Nam cum provinciales Memmium odiſſent, non pili faciebant ejus cohortem. Præſertim verò, quia Prætor ipſe quæſtum facere volebat, adeoque mala provincia inciderat Catullo. Quare Romam reverſus Prætor, à Cæſare fuit poſtulatus repetundarum. Itaque Prætores avari, qui omnia ſibi arrogabant, aut nihil, aut minimum lucelli Comitibus & cohorti relinquebant. Itaque etiam Piſonis cohors à Catullo inanis dicitur, quia cum Piſo provinciales vexaſſet, & provinciam exhauſiſſet, ut refert Cicero in *Piſon. prope fin.* non cum quæſtu compendioque dimiſſa eſt: nec quicquam à provincialibus abradi potuit, cum ipſe Prætor immodicum honorarium extorſiſſet. Cic. *Qui modus tibi fuit frumenti æſtimandi? qui honorarii? Siquidem poteſt vi & metu extortum honorarium nominari.* Igitur Provinciales honorarium Prætori, aliquid etiam lucelli cohorti ejus attribuere ſolebant.

15 Tertio Romam reverſi cum à Prætore, vel Præſide ad ærarium delati fuerant, ex eo beneficia accipiebant. Cic. in ſæpe laudata *epiſtola ad Rufum. Quod ſcribis de beneficiis, ſcito a me & tribunos militares, & præfectos, & contubernales dumtaxat meos delatos eſſe.* Et paulo poſt. *Sane moleſte tuli, non illa beneficia tua potius ambitioni reſervata eſſe, quam mea, qui ambitione nihil uterer.* Et infrà: *genus enim horum beneficiorum definitum lege non erat.* Beneficia hæc puto fuiſſe vacationes, quæ à fiſco ſolvebantur. *Tacit. Lib.* 1. *Hiſtor. Sed Otho ne vulgi largitione centurionum animos averteret, fiſcum ſuum vacationes annuas exoluturum promiſit: rem haud dubie utilem, & à boni poſtea Principibus perpetuitate diſciplinæ firmatam.* Et non multo poſt de Vitellio. *Vacationes centurionibus ex fiſco numerat.* Hæc beneficia dicuntur ſolatia in *L. quatuor* 23. *C. Theod. de palatin. ſacr. largitionum.* Sunt autem ſolatia, ſeu beneficia, quæ ſolvuntur ex officio exeuntibus, non ſtipendii causâ, ſed remunerationis ob geſtum officium, vel ab Imperatore in die aliquo ſolemni beneficentiæ, ac liberalitatis ergo donantur, quæ proprie vocabant ſtrenas, nos *mance. In L.* 4. § 1. *C. de advoc. diverſor. judicum.* dicuntur *puncti ſolatia*, nempe munuſcula, quæ ſolebant largiri imperatores, quæ notata erant in ſcriniis Præfecti Prætorio. A punctis enim derivatum eſt *expungere*, & *diſpungere*, quod ſignificat rationes putare & pariare, ſeu pares facere, ac delere *L. in omnibus* 13. §. 1. *ff. de diverſ. temp. præſcr. L. ſi ſtatu libera ff. de ſtatu lib. L. complures ff. de reb. aut. jud. poſſid.* & ſtipendia expungere eſt privare militem ſtipendiis *L. ex cauſa ff. de re militari.* Et expungere nomen debitoris: delere nomen. Plaut. in *Ciſtell.*

Nunc, quod reliquum reſtat, volo perſolvere,
Ut expungatur nomen, ne quid debeam.

Contrarium *purgere* erit, in rationes referre: quod tamen non eſt in uſu. Erat tamen uſitatum nomen puncti: *puncta* enim dicebantur ſuffragia ſingulorum civium in comitiis, quia punctis notabantur. Cic. in 2. *Tuſcul.* & in *orat. pro Plancio*, & *pro Murena.* Hinc Horat. in *art. poet.*

Omne tulit punctum, qui miſcuit utile dulci.

Sed ad ſolatia revertor. Erant igitur munuſcula, quæ conferri ſolebant iis, qui dimittebantur, aut promovebantur, ob bene navatam operam reipublicæ, quæ & beneficia

dicebantur. Utitur hoc verbo non in diſſimili caſu, id eſt, tutelæ, Calliſtratus in *L. à tutoribus* 33 *§. ult. ff. de admin. tut.* Idem verbum in *L.* 5. *C. de agent. in reb.* ubi ſtatuitur, hæc ſolatia tranſire ad ſucceſſores, ſi per mortem vacaverit officium: & in *L. ult. C. de ſilentiar.* ubi peculii caſtrenſis jus eis confertur: Etruſcè dicimus *paraguanto.* Hinc dicti Beneficiarii. *Tert. Beneficiarii, qui muneribus vacabant beneficio.* Vegetius tamen inter milites beneficiarios ait eſſe illos, qui beneficio tribunorum promovebantur, qui & Promoti dicebantur, ut in *C. Theodoſ.* Sed ad rem noſtram. Habemus beneficiarios Præſidum, Proconſulum, & aliorum Magiſtratuum, qui ipſis apparebant, & quorum miniſterio utebantur in perquirendis reis, qui & officiales dicebantur, ut conſtat ex duobus edictis Maximini relatis ab Euſebio.

16 Hæc paulo uberius expoſuimus, tum ut Leges juris noſtri ad Comites pertinentes, non admodum accuratè à noſtris explicatas, declararemus: tum ut propoſitam controverſiam & diſceptationem de hypotheca & prælatione dirimeremus. Etenim à qua Lege, aut in cujus bonis hæc hypotheca fuit uſquam in jure noſtro conſtituta? Nulla Lex eſt, quæ Comitibus hanc tribuat hypothecam: ac ne veſtigium quidem ullum, vel minimum hujus hypothecæ apparet in toto jure civili. Nulla ſunt bona, in quibus hæc hypotheca potuerit à jure conſtitui. Sola Legis auctoritate tacitum, ac legitimum pignus inducitur: & quia plerumque contra voluntatem domini inducitur, Leges in eo concedendo valde reſtrictæ fuerunt. Tribuit Lex hypothecam in invectis, & illatis in prædium urbanum à conductore, ſed ex tacita, ac præſumpta conventione contrahentium *L.* 4. *ff. de pact.* quaſi id tacite convenerit inter locatorem, & conductorem *L.* 4. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Cum enim ſolerent locatores in locatione domorum ſibi cavere de invectis, & illatis, Lex hanc conſuetudinem quotidianam confirmavit, & ſtatuit competere hanc hypothecam, etiamſi de eâ nominatim non conveniſſet; quia quæ moris ſunt, & conſuetudinis, in contractibus bonæ fidei habentur pro expreſſis *L. quod ſi nolit.* 31. *§. quia aſſidua* 20. *ff. de ædilit. edict.* Et cum dubitaretur, an in provinciis idem jus obtineret, Juſtinianus ad eas extendit in *L. ult. C. in quibus cauſ. pign. tacit. contr.* idque non ſine cauſa: *tali enim*, ut ipſe ait, *juſta præſumptione omnes noſtros perpotiri declaramus.*

Fiſcus quoque habebat tacitam hypothecam *l. aufertur* 46. *§. fiſcus ff. de jure fiſci l.* 3. *C de privileg. fiſci.* eademque Cæſari tributa fuit. *l.* 6. *in fin. ff. eod.* Sed utrique propter publicam utilitatem, ut onera publica ſuſtinere poſſint, & armis tueri rempublicam, & pacis artes promovere. Veteres enim parciſſimi fuerunt in largienda hypotheca, cum id vergat in præjudicium aliorum creditorum, & nonniſi graviſſima de cauſa concedebant. Juſtinianus fuit aliquanto liberalior, eamque doti conceſſit *l. in rebus* 30. *C. de jure dot. §. fuerat. Inſt. tit. de act. l. un. §.* 1. *C. de rei. uxor. act.* ſed in hac publica cauſa verſatur *L.* 1. *ff ſol. matr.* & legatariis, quæ nemini tamen præjudicium affert. *l.* 1. *C. commun de legat.*

Sed neque veteres, neque ipſe Juſtinianus 17
tacitam hypothecam cum prælatione Comitibus uſquam dederunt. Nec ulla erant bona, in quibus hypotheca legitimè, ac rectâ ratione conſtitui poſſet. Cum enim de publico, ac de ærario ſalaria Comitibus eſſent attributa, numquid in pecunia ipſius ærarii, aut in publicis vectigalibus hypotheca erat conſtituenda? At hoc neque ratio, neque publica utilitas patiebatur. Fiſcus enim habet tacitam hypothecam cum prælatione in bonis ſuorum debitorum: non contra, creditores eam habent in bonis fiſci. Poterat eis dari in bonis mancipum, qui ſalaria Comitibus ſuppeditanda redimebant. Sed in his tacitam hypothecam habebat fiſcus, non Comites: neque enim Comites cum mancipe contrahebant, ſed quæſtor: nec manceps Comitibus, ſed quæſtori, ac fiſco, ſeu ærario publico obligabatur. *l. ult. C. quo quiſque ordine.* Maximo argumento eſt, quod cum primipilo impoſitum eſſet onus ſolvendi ſa-

Digitized by Google

laria , & annonas militibus , non ſolum ejus omnia bona erant tacitè obligata, ſed etiam, quod eſt omnino ſingulare , dos uxoris , & filiorum bona , etiamſi parentum non ſint hæredes. *l. ult. C. de primip. L. Satis notum C. in quib. cauſ.* Sed non ſunt obligata ipſis militibus , ſed fiſco. *Laudd. LL.* Si ſalarium militum armatæ militiæ , in qua reipublicæ ſalus continetur, non habet hoc privilegium, multò minus habere debent milites togatæ militiæ Præſidis , hoc eſt , Comites pro ſuo ſalario.

18 At enim , aïebant advocati Comitum , de ſalario Comitum cognoſcit extra ordinem ipſe Præſes , ſicut de ſalario profeſſorum *l.* 1. *§. Sed etſi comites ff. de extraord. cog.* Salarium Comitum habet jus caſtrenſis peculii *l. ult. C. de caſtrenſ. pecul. omn. palat.* Etiam diem functo Præſide ſalarium reſidui temporis debetur *l. diem functo* 4. *ff. de aſſeſſ.*

Sed quid hæc omnia commune habeant cum hypotheca & prælatione, non intelligo; Cognoſcit extra ordinem Præſes ac Prætor & de uſu aquæ , & de medico , qui morbum protrahendo compulit ægrum ad vendendam ſibi poſſeſſionem *l.* 2. *&* 3. *ff. de extraord. cogn.* Num idcirco ex his cauſis competit hypotheca , aut datur prælatio ? De multis aliis cauſis extra ordinem cognoſcitur , ut in *d. tit.* habetur , pro quibus non datur hypotheca. Jus caſtrenſis peculii cum hypotheca conjunctum eſſe nuſquam legimus. Etiam donatio Principis habetur pro caſtrenſi peculio *l. cum multa* 7. *C. de bon. quæ lib.* & tamen nuſquam legimus , pro ea dari tacitam hypothecam. Jus caſtrenſis peculii in eo poſitum eſt , ut filiofam. in totum acquiratur §. 1. *Inſtit. tit. per quas perſ. cuique acquir. l.* 3. *C. de caſtr. pecul. milit.* & quod in eo pro patrefam. habeatur *l.* 2. *ff. de S. C. Maced.* non in eo , quod habeat hypothecam , quæ nullâ Lege ei datur. Denique quod diem functo Præſide Comitibus reſidui temporis ſalarium debeatur , nihil ad hypothecam. Annon æquum erat , ut qui Româ proficiſcebantur ad Præſidem adjuvandum in publicis negotiis , & ſua ipſi negotia , & lucra deferebant , totius temporis ſalarium perciperent , ſi non aliis eo tempore Comites fuerint ? *d. l. diem functo ff. de aſſeſſ.*

CAPUT II.

Ad Eaſdem LL.

SUMMARIUM.

1 *Secunda Comitum claſſis Imperatorem extra urbem ſequentium.*
2 *Inter hos præcipui contubernales , qui & amici & familiares : ac Comites intra palatium.*
3 *Comites intra Conſiſtorium, ſive Conſiſtoriani , quos imperator conſulebat.*
4 *Conſiſtorii locus, ubicumque Princeps cum Conſiſtorianorum conſilio pronunciat.*
5 *Comitum ingens numerus : in tres claſſes diſtributus.*
6 *Comites etiam diſtributi in varios ordines officiorum.*
7 *Comes diſpoſitionum : alii Comites.*
8 *Comes ſcholarum , qui palatium cuſtodiebat.*
9 *Hypotheca nulli conceſſa.*
10 *Comes ſacrarum largitionum , Comes rei privatæ.*

HActenus prima Comitum claſſis. Sequi- 1
tur ſecunda eorum , qui Imperatorem vel Româ proficiſcentem , ac peregrinantem, vel in expeditionibus comitabantur. Hi dicebantur Comites Imperatoris : aliquando etiam amici : aliquando amici & Comites , ſeu amici vel Comites. Horum conſilio atque ope rempublicam adminiſtrabant , reſcribebant de jure , cauſas judicabant , neceſſaria quæque expediebant. Sueton. *in Tito cap.* 7. *Convivia inſtituit jucunda magis , quam profuſa. Amicos elegit , quibus etiam poſt eum Principes , ut & ſibi , & reipublicæ neceſſariis acquieverunt , præcipueque ſunt uſi.* Memorat ante convivia , ut puto , quia amicos hoſce in contubernium adſciſcebant. Lampridius *in Adriano* : *Optimos quoſque de Senatu in contubernium imperatoriæ majeſtatis adſcivit.* Quemadmodum etiam Præſides amicis , & Comitibus utebantur convictoribus Cic. *epiſt.* 1. *ad Q. Fratrem* : *Quos verò aut ex domeſticis convictoribus , aut ex neceſſariis apparitoribus tecum eſſe voluiſti.* Hos

appellat contubernales *in epiſt. 10. lib. 5. Scito à me & tribunos mil. & præfectos & contubernales duntaxat meos delatos eſſe.* Igitur etiam amici Comites erant : Sed amici utebantur contubernio Imperatoris , & con-
2 vivebant : alii Comites non item. Ideo fere ſemper junguntur *amici* , & *Comites* ; ſed primo loco amici nominantur , quia familiares Imperatoris & contubernales. Spartian. *in Adriano* : *Cum judicaret , in conſilio habuit non amicos ſolum ſuos , & comites : Sed etiam Juriſconſultos , & præcipuè Julium Celſum* , &c. Lamprid. *in Alexandro* : *injuriam nulli umquam amicorum , comitumve fecit.* Familiares etiam dicebantur. Spartianus *in Trajano* , ubi de Adriano ſcripſit : *Poſt quæſturam acta Senatus curavit , atque ad bellum Dacium Trajanum in familiaribus ſecutus eſt ; quandoquidem & vino indulſiſſe ſe dicit Trajani moribus obſequentem* , ut doctè corrigit Salmaſius. Cæterum etiam Conſules habebant ſuos contubernales. Cic. *pro P. Syll. Lucius ille Torquatus cum eſſet meus contubernalis in conſulatu.* De Præſidibus non poteſt dubitari. Id : *pro Cælio* : *Profectus eſt in Africam Q. Pompeio contubernalis* : Idem *pro Planco : Adoleſcentulus cum A. Torquato profectus eſt in Africam : Sic ab illo dilectus eſt , ut & contubernii neceſſitudo , & adoleſcentuli modeſtiſſimi pudor poſtulabat.* & in Bruto : *Qui ſe illi contubernalem fuiſſe dicebat.* Sueton. *in Cæſare cap. 2. Stipendia prima in Aſia fecit M. Thermi Prætoris contubernio : à quo ad arceſſendam claſſem in Bithyniam miſſus, &c.* In veteribus inſcriptionibus fit mentio Comitum intra palatium , & Comitum intra conſiſtorium. Comites intra palatium erant Comites contubernales , ſeu amici Imperatoris , qui in palatio habitabant.

3 Comites intra conſiſtorium erant , qui in conſiſtorio Principi adſidebant. Conſiſtorium erat Synedrium ſeu conſeſſus Imperatoris , unde qui in conſiſtorio adſtabant imperatori, conſiſtoriani dicebantur. *In L. 5. C. Theodoſ. de fide teſt. & inſtrum. Pars actorum habitorum in conſiſtorio adſtante Jovio viro clariſſimo Quæſtore : Anatolio Magiſtro officiorum: Felice Comite S. L. Imperator Julianus A. dixit.* Et in *L. 8. eod. Pars actorum habitorum in conſiſtorio apud Imperatores Gratianum , & Valentinianum.* Conſulebat conſiſtorianos Imperator , ipſe autem decernebat : ut apparet in his Legibus , & in *l. 2. C. de excuſat. muner. Inductis* (hoc eſt in conſiſtorium) *Firmino & Apollinario , & cæteris principalibus Antiochienſium adſtantibus Sabinus dixit,* & cætera *Diocletianus dixit.* In L. *decurionum 12. C. de pœn. Impp. Diocletianus & Maximianus A. A. in conſiſtorio dixerunt. Decurionum filii non debent beſtiis ſubiici. cumque à populo exclamatum eſſet , iterum dixerunt : vanæ voces populi non ſunt audiendæ ; nec enim vocibus eorum credi oportet , quando aut noxium crimine abſolvi , aut innocentem condemnari deſiderant.* Videtur hoc 4
actum fuiſſe in ipſo theatro , ut rectè animadvertit Gothofredus ; conſiſtorium enim eſt, ubicumque Princeps cum conſilio conſiſtorianorum pronuntiat , ac decernit : Sicut jus dicitur , ubicumque Prætor ſalvâ majeſtate imperii ſui ſalvoque more majorum jus dicere conſtituit *l. jus pluribus 11. ff. de juſt. & jur.* Lampridius *in Alexandro Severo* : *Negotia , & cauſas prius à ſcriniorum principibus , & doctiſſimis juris peritis , & ſibi fidelibus , quorum tunc primus Ulpianus fuit , tractari ordinarique , atque ita referri ad ſe præcepit. Leges de jure populi , & fiſci moderatas , & infinitas ſanxit ; neque ullam conſtitutionem ſancivit ſine viginti juris peritis , & doctiſſimis , & ſapientibus viris , iiſdemque diſertiſſimis non minus quinquaginta : ut non minus in conſilio eſſent ſententiæ , quam ſenatûſconſultum conficerent.* Vide ſis, quantâ curâ negotia tractaret , & Leges conderet hic Imperator.

His probè conſtitutis , perſpicuum eſt , 5
Imperatores non ſolum peregrè proficiſcentes , & in expeditionibus Comites habuiſſe , ſed etiam Romæ eos retinuiſſe , eorumque conſilio rempublicam adminiſtraſſe. Cum autem crevisset eorum numerus , qui in commentarium Principis referebantur, quod nos dicimus , *eſſere al ruolo del Principe* : eorumque magna dignitas eſſet ; eos omnes in tres

Digitized by Google

claſſes diſtribuebant. Erant enim Comites primi ordinis, ſecundi ordinis, tertii ordinis. Videtur autem id à Tiberio inſtitutum, licet plerique putent à Conſtantino. Sueton. *de Tiberio cap.* 46. *Una modo liberalitate ex indulgentia vitrici profectus, cum tribus claſſibus factis, pro dignitate cujuſque primæ ſexcenta ſextertia, ſecundæ quadringenta diſtribuit, ducenta tertiæ, quam non amicorum, ſed gratorum appellabat.* Vides, infimam eſſe tertiam, digniſſimam primam. Lamprid. *in Severo. Moderationis tantæ fuit, ut amicos non ſolum primi, & ſecundi loci, ſed etiam inferiores ægrotantes viſeret.* Amicos, id eſt, Comites. *Purgaverat enim palatium, comitatumque omnem abjectis ex aulico miniſterio cunctis obſcœnis, & infamibus, quos Heliogabalus ex genere hominum turpiſſimo provexerat: nec quemquam paſſus eſt eſſe in palatinis, niſi neceſſarium hominem.* Cum enim alii ante eum Imperatores, ac præcipuè Heliogabalus multos palatinis adſcripſiſſet homines nequam, & qui nullo uſui erant, neque ullum præſtabant ſervitium, ſed honoris tantum, & ſalarii percipiendi causâ in commentarium principis relati erant: ipſe *jurejurando conſtrinxit, ne quem adſcriptorum, id eſt, vacantium haberet, ne annonis rempublicam gravaret, dicens, malum pupillum eſſe Imperatorem, qui ex viſceribus provincialium homines non neceſſarios, nec reipublicæ utiles paſceret.* His elicitur etiam, tum ſalarium Comitum in annonis conſtitutum. Licet enim Auguſtus in pecunia ſolverit, ut ſuprà diximus, tamen Tiberius pecuniæ parcus ac tenax ad ſola cibaria retraxit. Sueton. *in Tiberio cap.* 46. *Pecuniæ parcus ac tenax Comites peregrinationum, expeditionumque numquam ſalario, cibariis tantum ſuſtentavit.*

6 Diſtribuebantur etiam Comites in varios ordines officiorum domus auguſtæ. Primum enim quatuor erant ſcrinia palatii, memoriæ, epiſtolarum, libellorum, diſpoſitionum. *l.* 3. *&* 4. *C. de proxim. ſacror. ſcrinior.* Inſtituta autem fuiſſe videntur ab Auguſto, ſuggerente Mæcenate, propter multitudinem negotiorum, quæ ab eo tractabantur: ita ut ipſe epiſtolas ſcriberet eâ diligentiâ, curâque, ut adderet etiam momenta horarum diei, vel noctis, quibus ſignatæ fuiſſent: ut refert Sueton. *in ejus Vita cap.* 50. Dion. *lib.* 52. *ſub fine.* In ſcrinio memoriæ militabant viri quinquaginta duo, in aliis triginta quatuor, qui memoriales dicebantur. *l. hac parte* 10. *C. de prox. ſacr. ſcrin.* Qui ipſis præficiebatur, & erat caput, & princeps officii, dicebatur Magiſter ſcrinii; qui huic proximus erat, dicebatur proximus ſcrinii. *l.* 1. *C. de magiſtr. ſacr. ſcrin. l.* 1. *& toto tit. C. de proxim. ſacror. ſcrin.* Errare videtur Cl. Salmaſius, qui putat, eumdem fuiſſe magiſtrum, & proximum: nam in C. *Juſtin.* diſtincti ſunt tituli *de Magiſtr. ſacr. ſcrin. & de Proxim ſacr. ſcrin.* Præterea in *l. unic. C. de Magiſtr. ſacr. ſcrin.* privilegium, quod ab Imperatoribus conceditur magiſtris ſacrorum ſcriniorum, extenditur ad proximos Ibi: *Hoc beneficium ad proximos etiam ſacrorum ſcriniorum, & ex proximis volumus propagari.* Item in *l.* 1. *C. Theodoſ. de Magiſt. ſcrin* ſtatuitur, magiſtros ſcriniorum præferri. Vicarianæ poteſtati, cui exæquantur proximi ſcriniorum *l.* 2. *l.* 4. & paſſim *C. Theod. de proxim. comit. cæteriſque &c.*

7 Illud animadvertendum, quod princeps diſpoſitionum propriè non dicebatur magiſter diſpoſitionum, ſed Comes diſpoſitionum. *l. proximos C. de proxim. ſacr. ſcrinior. & in rubr. C. Theod. de proximis comitibus &c.* Ubi à proximis ſcriniorum diſtinguitur Comes diſpoſitionum: quamquam in *l.* 2. *ejuſdem tituli* etiam ipſe vocatur magiſter: qui tamen dignitate minor erat magiſtris aliorum ſcriniorum, & exæquabatur proximis *d. l.* 2. juncta *l.* 1. *C. Theodoſ. de magiſtr. ſcrinior.* Horum operâ ſemper eſt uſus Alexander Severus. Lamprid. *in ejus Vita. Poſt meridianas horas ſubſcriptioni, & lectioni epiſtolarum ſemper dedit operam, ita ut ab epiſtolis, & libellis, & à memoria ſemper aſſiſterent: nonnumquam etiam, ſi ſtare per valetudinem non poſſent, ſederent, relegentibus cuncta librariis, & iis, qui ſcrinium gerebant &c.* Spartian. *in Peſcen. Nigro in fin. Cum hoc ei & Præfecti ſuggererent, & officiorum*

magiſtri. Magiſtri officiorum iidem, qui magiſtri ſcriniorum. Trebell. *in Claudio. Hanc autem epiſtolam ipſe dictaſſe perhibetur: ego verba magiſtri memoriæ non requiro.* Lamprid. *in Alex. Nam & conſiliarius Alexandri, & magiſter ſcrinii Ulpianus fuiſſe perhibetur.* Et paulò ante: *Negotia & cauſas prius à ſcriniorum principibus, & doctiſſimis juriſperitis, & ſibi fidelibus, quorum primus tunc Ulpianus fuit, tractari, ordinarique, atque ita referri ad ſe præcepit.*

Erant prætereà Comites rei privatæ, ſacrarum largitionum, ſacri palatii, ſacri patrimonii, de quibus agitur in propriis
8 titulis Codicis Juſtinianei *lib.* 1. Vix potui riſum continere, cum in primarii advocati conſultatione legi Comitem ſcholarum, de quo in *l.* 3. *C. de offic. magiſtr. offic.* eſſe dapiferum, vel architriclinum, qui ſummâ curâ nitebatur parare epulas principi eâ diligentiâ, quâ ſcholares ſtudent in ſcholis. Schola erat ordo militantium, qui palatium cuſtodiebant. *Suid. in verbo* ὑπεραριθμῷ *& in verbo* σχολάριοι Erant 3500. ex præſtantiſſimis Armenis in ſcholas diviſi, & ideò huic magiſtro parebant, ac uberius cæteris militibus ſalarium percipiebant. Idem tradit Procopius in *Hiſtoria anecdota.* In Orientis imperio ſcholæ erant undecim, ut conſtat ex *l. ult. C. de locato.* In Notitia Imperii orientalis octo tantùm recenſentur: quatuor ſcutariorum, duæ gentilium, una armaturarum, alia agentium in rebus. Sed his addendæ ſunt aliæ tres, una ſilentiariorum, duæ equitum, ac peditum domeſticorum. Ex quibus duæ tantummodò erant inermes, ſilentiariorum, & agentium in rebus; reliquæ omnes armatæ ſingulæ parebant ſuo Comiti, omnibus autem imperabat magiſter officiorum. Initio quidem octo dumtaxat ſcholis, de quibus modo diximus: nam ſcholam ſilentiariorum ipſi ſubjecit Xeno Imperator in *l.* 4. *C. de ſilentiar.* Scholis autem domeſticorum peditum, equitumque videtur imperaſſe magiſter militum, ut apparet ex inſcriptione *l. un. C. de venat. ferar.* Sed de ſcholis obiter. Erant & alii quamplurimi Comites, de quibus in noſtro Codice, & in C. Theod. Sicut & aliæ ſcholæ non ſolùm palatinæ, quæ in imperio occidentali erant ſeptem, ſed etiam in provinciis, ut conſtat ex ſcholis Præfecti Prætorio Africæ, quæ recenſentur in *l.* 1. *C de off. Præf. Præt. Afric.* Sed hæ nihil ad palatinas.

Veniamus jam ad tacitam hypothecam, cujus cauſâ ſuſcepta eſt omnis hæc diſputatio. Enimverò nihil quicquam occurrit in toto jure civili, quamobrem ſuſpicari debeamus, hanc hypothecam Comitibus, & palatinis fuiſſe conceſſam. De his, eorumque dignitate, privilegiis, prærogativis, ſalario, annonis, latiſſimè, exactiſſiméque agitur in primo Libro Codicis Juſtinianei, 9
nec non in tribus ultimis Libris; itemque in Codice Theodoſiano ferè per totum: nec uſquam hæc illis hypotheca conceditur; nuſquam ejus fit ulla mentio; nuſquam ipſius veſtigium apparet. Quis igitur erit tam temerè audax, ut ipſam pro arbitrio velit introducere? Jam verò quid cauſæ eſſe poterat, cur Imperatores contra ſeipſos concederent hujuſmodi privilegium iis, quos ad excelſam dignitatem evehebant: quos annonis & ſalario ſuſtentabant? Porro invenio ab his exactam fuiſſe ab Imperatoribus ſatiſdationem in *l. privata* 14. *C. de murilegul. l. ultima C. Th. de diverſis off.* At Imperatores ipſis ſatiſdediſſe nuſquam lego.

Denique quænam bona huic hypothecæ obnoxia eſſe debebant: ærariine, an fiſci? Utrumque adeò abſurdum, ut nihil magis. Imperatores duplex patrimonium habebant publicum, & privatum. Illud propriè ærarium: hoc fiſcus appellabatur. Plin. *in Panegyr.* hæc rectè diſtinguit. *Fortaſſe non eâdem ſeveritate fiſcum, qua ærarium cohibes? Imò tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis. l.* 2. *§. hoc interdictum C ne quid in loc. publ. l. procurator. C. de edend. l.* 4. *C. de numerar.* Ærario 10
præerat Comes ſacrarum largitionum: fiſco Comes rei privatæ. Comes ſacrarum largitionum habebat ſub ſe decem ſcrinia: palatinos quingentos quadraginta ſex. Comes

rei privatæ, ſeu privatarum largitionum ſcrinia quatuor, palatinos trecentos *l. Salutari 16. & l. ſeq. C. Theodoſ. de palatinis ſacrar. largit. & rer. privat.* Sed hæc poſt Conſtantinum. Anteà ſub regibus, & conſtitutâ republicâ pecuniam publicam adminiſtrabant Quæſtores. Poſteà Præfecti ærarii creati, qui ærario præeſſent, tum ad Prætorios, prætoreſve tranſivit hujuſmodi munus, & ærarii cura, mandante id Auguſto. Claudius autem ipſam collegio Quæſtorum reddidit. Nero præturâ perfunctos, & experientiâ probatos delegit. Sed rurſus non multo poſt Præfectis ærario reſtituta, ut conſtat ex *l. quidam 11. ff. de his quæ ut indig. & l. 4. §. Si bona ff. de fideic. libert. L. Senatus 15. §. quod ſi l. Arrianus 42. ff. de jure fiſci.* Conſtantinus autem novos hos magiſtratus creavit, Comitem ſacrarum largitionum, & Comitem rei privatæ, penes quos totius pecuniæ publicæ cura erat & adminiſtratio: ad hos enim omnia tributa, & vectigalia provinciarum, & pecunia, quæ ex bonis publicatis & vacantibus redigebatur, & ex aliis imperii reditibus deferebatur, & ab ipſis in neceſſitates imperii erogabatur. Videndi Sueton. *in Auguſto c. 36. in Claudio cap. 24.* Tacit. *Annal. Lib. 13. circa med.* Dion. *Lib. 54.* Summa illuc pertinet, ut intelligamus, ærarium quidem & fiſcum habere tacitam hypothécam in bonis privatorum, privatos autem non habere in bonis fiſci, cujus creditores erant palatini, à quo annonam, veſtes, argentum, ſtrenas percipiebant. *l. olim 11. C. Theodoſ. de palatin. ſacr. largit.*

CAPUT III.

Ad Eaſdem LL.

SUMMARIUM.

1 *Tres erant ordines dignitatis comitivæ. Comitiva primi ordinis in tres claſſes diſtributa.*
2 *Pluribus modis acquirebatur.*
3 *Comitiva ſecundi & tertii ordinis.*
4 *Comites alii provinciam regebant, alii militibus præerant. Inter hos Comites & Duces militares, & limitanei.*
5 *Comites militares in tres ordines diſtributi.*
6 *Primi ordinis erat Magiſter militum, ſecundi Dux, tertii Tribunus.*
7 *Magiſter militum ſubrogatus eſt in locum Legati.*
8 *Magiſtrorum militum varius numerus.*
9 *Inter Comites provincias regentes eminebat Comes Orientis.*
10 *Provinciæ Imperatoris Præſidales, Legatoriæ, & Proconſulares.*
11 *Provinciæ populi Proconſulares.*
12 *Provinciis minoribus præerant Perfectiſſimi. Horum tres ordines.*
13 *Præſides aliquando Comites.*
14 *Procurator Cæſaris multifariam appellatus. Ejus ampliſſima juriſdictio. Exornatur Tacitus 12. Annal. cap. 60..*
15 *Exponitur L. 8. §. 19 ff. de pact.*
16 *Equites & liberti officio Procuratoris Cæſaris functi.*
17 *Comites annonam de publico habebant, ipſi à Provincialibus exigebant. Cæteros reditus exigebat Procurator Cæſaris, & n. 19.*
18 *Cæſaris mandato annona & ſalaria Comitibus militaribus aſſignabantur. Elegans hujus rei teſtimonium.*
19 *Procurator Cæſaris pecunias collectas erogabat juxta mandata.*
20 *Species ipſæ exigebantur, non æſtimatio, quod obſolevit.*
21 *Poſteà ſalaria adærare licuit, imò & ſtellaturas. ſtellatura olim vetita: poſteà permiſſa.*
22 *Stellatura unde dicantur.*
23 *Modus exigendi annonas.*
24 *Comes theſaurorum publica pecunia in Provinciis curam agebat.*
25 *Comites & adminiſtratores nullam hypothecam habebant contra Imperatorem vel fiſcum.*

SUperſunt Comites tertiæ claſſis, qui ad 1 honorem & dignitatem comitatûs evehebantur. Horum tres ordines: Comites primi ordinis: Comites ſecundi ordinis: Comites tertii ordinis. Eorum dignitas, comitiva dicebatur: itaque comitivæ erant primi, ſecundi, & tertii ordinis. Comites primi ordinis rurſus in tres claſſes erant diſtributi. Alii enim comitivam primi ordinis obtinebant ſimul cum adminiſtratione provinciæ, de quibus in *l. un. C. Theod. de comit. qui provinc. regunt. & l. un. C. Theod. de comit. qui illuſtr. & l. 1. 2. & 3. C. Theod. de Comit. rei militar.* Alii dicebantur *vacantes*, quibus comitivæ dignitas conferebatur

batur pro præmio bene adminiſtratæ provinciæ, de quibus in *l. un. C. de com. vacant.* Alii pretio vel gratia comitivam impetrabant, qui aliis poſtponebantur, quia licet unum nomen ſit, tamen eſt meritis æſtimandum *d. l. un. C. Theod. de comit. vac.* Ex qua lege conſtat, quod dignitas honoraria ſemper cedit dignitati, quæ meritis quæſita fuit, etiamſi hæc tempore poſterior ſit *h. l. & l. ult. C. Theod. de honor. codic. & l. ult. C. Theod. de primicerio, & Notar. Caſſiodor. 6. variar. formul.* 10. & 16. Hoc autem ad Doctores ex privilegio maximè pertinet.

2 De hac comitiva primi ordinis paſſim tum in C. Juſtinianeo, tum in C. Theodoſiano. Eam non omnes eodem modo conſequebantur. Quidam eam ipſo jure obtinebant, ſtatim ac aliquod munus, aut officium ipſis à principe conferebatur, quia illis hæc dignitas erat annexa, ut illis qui provincias regendas ſuſceperant *l. un. C. de comit. qui provincias reg.* ut Comites Ægypti, & Ponticæ Diœceſeos, qui principes erant inter Comites *l. un. C. de Comit. & Tribun.* Comites ſcholarum *d. l. un. l.* 1. *C. Theod. eod. tit.* Adſeſſores Præfecti Prætorio, *l. un. C. Theod. de Comit. qui illuſtrib.* Comites rei militaris *l.* 1. *&* 2. *C. de com. rei milit.* Alii eam obtinebant ob meritum, dum munus injunctum laudabiliter exequebantur, ut archiatri *l. un. C. Theod. de Comit. & archiatris l. ult. C. de profeſſ. & medic.* & illi qui in aliqua arte excellebant *l. un. C. Theod. de Comit. ord. primi art. div.* Profeſſores Urbis Conſtantinopolitanæ, qui poſt viceſimum annum eam conſequebantur *l. un. C. Theod. de profeſſor. qui in urbe Conſt. l. un. C. eod. tit. in C. Juſtin.* Alii denique eam conſequebantur munere jam perfuncti, cum illud deponebant: ut principes agentium in rebus. *l. principes 6. C. de princ. ag. in rebus, & l. un. C. de vacat. publ. mun.*

3 De comitiva ſecundi & tertii ordinis mentio fit in *l. pro biennio* 17. *& ſeqq. C. Theod. de proxim. comit. diſpoſit. l. in numero* 8. *C. Theod. de agent. in reb. l. quicumque* 127. *C. Th. de decurion.*

Erat & alia diſtinctio Comitum, quod 4 alii provincias regebant, & provincialibus præerant: alii præerant militibus, quibus provinciam tuebantur: & hi Comites rei militaris dicebantur *l.* 1. *&* 2. *C. Theod. de comit. rei milit.* & *C. Juſtin. l.* 1. *&* 2. *eod. tit.* Hujuſmodi erant Comites limitanei, qui limites imperii defendebant. Nam Auguſtus rerum potitus, provincias cum populo diviſit, & ut milites ſibi obſequentes haberet, eas provincias tuendas ſumpſit, quæ barbarorum incurſionibus erant expoſitæ, & novem limites imperii conſtituit, & in illis viginti quinque legiones collocavit ad reprimendos hoſtium impetus, & continendas in fide provincias. Alios limites, aliaſque legiones addiderunt Claudius, Veſpaſianus, Trajanus, & conſtituti ſunt limites quatuordecim, & ad eos tuendos legiones triginta quinque. Quamquam Dion *lib.* 55. tredecim tantum limites recenſeat imperante Alexandro. Hiſce legionibus ac militibus imperabant ac præerant Comites, aut Duces; in Oriente duo Comites militares: Leo auxit uſque ad quinque, additis tribus aliis limitibus: Duces in oriente tredecim, qui poſteà aucti fuerunt. In occidente octo erant Comites, qui occupatis ſub Honorio Hiſpaniis à Vandalis, & Alanis, & Illyrico ſub Theodoſio juniore ab Attila, ad ſex tantummodò redacti fuerunt.

Comites militares alii erant primi, alii ſecundi, alii tertii ordinis, quos ita diſtin- 5 xit Conſtantinus referente Euſebio in *lib.* 4. *c.* 1. *de vita Conſtantini:* & Comites primi ordinis erant ducibus digniores, ut erat Comes Ægypti, & alii. Sed poſteà comitivæ dignitas ducibus etiam attributa. Tandem aucta ducum dignitas, Comitum imminuta. Duces enim toti provinciæ præerant, Comites ſingulis civitatibus: cujuſmodi ſunt hodiè noſtri Comites. Comites, qui erant ſecundi aut tertii ordinis, Comites minores appellantur in *l. omnem C. Theod. Ne comit. & trib. lavacr. præſtent.* & Comites inferiores, ut in *l. ſeq. d. tit.* quibus privata ſuccendi balnea prohibentur in duabus illis Legibus & in *l. un. C. Juſt. Ne rei milit.*

Com. &c. quæ ex duabus illis Legibus à Triboniano fuit conſarcinata. Solis itaque Comitibus & magiſtris militum provinciales balneas privatas ſuccendere tenebantur, hoc eſt, ligna conferre ad eas ſuccendendas. Nam magiſtri militum erant Comites primi ordinis. Tribuni enim & Duces aliquando Comitis dignitate decorabantur, ſed ſecundi aut tertii ordinis. Itaque qui in *l.* 1. *C. Theod. de com. & tribun.* dicuntur minores Comites, & junguntur cum tribunis, illi in *l. un. C. Juſt. eod. tit.* junguntur cum ducibus, & in *l.* 2. *C. Theod. eod. tit.* nomen inferiorum Comitum ad Duces refertur. Erat autem tribunus inferior duce, & tribunatus erat gradus, per quem ad ducatum aſcendebatur. Commodi Imperatoris epiſtola relata à Spartiano *in Peſcen. Peſcennium fortem virum novi: ei etiam tribunatus duos dedi: ducatum mox dabo.* Capitolin. *in duob. Maximin. Quid tantum laboras, cum ejus loci jam ſis, ut ducatum poſſis accipere? dixiſſe fertur; ego vero quo major fuero, tanto plus laborabo.* Erat autem tum Maximinus tribunus quartæ
6 legionis. Probabile igitur eſt, tribunos fuiſſe Comites tertii ordinis: duces ſecundi: magiſtros militum primi. Lamprid. in Alexandro: *juſſit, ut ante tribunum milites quatuor ambularent, ante ducem ſex, ante le-*
7 *gatum decem.* Vides ordinem & gradum dignitatum. In locum autem Legatorum poſtea ſubrogati fuerunt magiſtri militum. Vegetius *lib.* 2. *de re milit. cap.* 9. *Legati Imperatoris ex conſularibus ad exercitum mittebantur, quibus legiones, & auxilia univerſa obtemperabant in ordinatione pacis, vel neceſſitate bellorum, quorum loco nunc illuſtres viros conſtat magiſtros militum ſuiſtitutos.* Itaque magiſtri militum Comites erant primi ordinis. Atque ideo ſemper ipſis adjungitur titulus Comitis, & nominantur Comites, & magiſtri, ut in *l. ſecuti* 8. *C. Theod. de metatis. in l.* 1. *ne com. & tribun. & inſcriptione l.* 8. *C. Th. de re militari. l. juniorum* 18. *de tyron. l. qui ſine* 16. *de de-*
8 *ſertor. l. militarib.* 128. *de decurion.* Magiſtri militum initio duo tantum fuerunt, alter pedum, equitum alter: iiſque Conſtantinus omne jus in milites conceſſit, quod antea habebat Præfectus Prætorio. Zoſim. *lib.* 2. Theodoſius eorum numerum auxit, & demum facti ſunt quinque in oriente, duo in occidente. Zoſim. *lib.* 4. Juſtinianus quoque alterum addidit, ſublato Armeniæ Comite in *l. ult. C. de off. mag. militum.* Ab his tamen appellari poterat, puto ad Præfectum Prætorio *l. ult. C. de his qui per met. jud. non appell.* Illud monendum, quod magiſtri militum occidentis dicebantur *præſentales. l. penult. C. de apparit. mag. mil.* quia in comitatu Principis manebant, eique præſentes erant.

Superſunt Comites quartæ claſſis, qui 9
provincias regebant, & gubernabant. Horum princeps erat Comes orientis, qui provinciis quindecim imperabat, & habebat ſexcentos apparitores, ut Theodoſius & Arcadius definiverunt in *l. un. C. de apparit. comit. orient.* Zoſim. *lib.* 5. *poſt. princ. Comitis orientis magiſtratûs ea poteſtas eſt, ut qui eum gerit, omnibus provinciis orientis adminiſtrantibus præſit, & quæcumque non aguntur, ut par eſt, corrigat.* Id autem non eſt omnino verum; nam Præfectus Prætorio orientis imperabat, & præerat provinciis quadraginta novem, ut conſtat ex *Notitia Imper. Orient.* Comes autem orientis ſolummodo provinciis quindecim, videlicet quinque conſularibus, octo præſidalibus, duabus perfectiſſimorum, hoc eſt, Arabiæ, &
Iſauriæ, quæ perfectiſſimos judices habe- 10
bant. Potito rerum Auguſto, qui cum populo partitus eſt provincias, illæ in tres claſſes diviſæ fuerunt; in præſidales, legatorias & proconſulares. Lamprid. in *Alexandro*: *Provincias prætorias præſidales plurimas fecit, proconſulares ex Senatus voluntate ordinavit.* Provinciæ prætoriæ, & præſidales erant legatoriæ. Legatoriæ enim erant illæ, in quas Imperator Legatos mittebat, qui Legati Cæſaris in jure noſtro dicuntur. *l.* 1. *ff. de offic. Præſid. l. Legatus* 20. *ff. eod. l. hos accuſatores* 12. *ff. de accuſat. l.* 4. *ff. de off. aſſeſſor. l. diem functo* 20. alias *l. Sed addes.* 19. *in fin. ff. Locati l. non eſt* 7. *ff. de man. vind.* In eas autem mittebant aut viros conſulares,

Digitized by Google

aut prætorios cum conſulari poteſtate, & hæ provinciæ conſulares appellabantur. Si non cum conſulari poteſtate mitterent, ut ſolebant in minores provincias, in quas aut præſides, aut procuratores mittebant, illæ manebant præſidales: & qui eas regebant, præſides, vel procuratores & præſides ſimul nominabantur. Itaque Pilatus, qui Judææ procurator erat, ab Evangeliſtis aliquando præſes, aliquando procurator dicitur. Nam procuratores Cæſaris alii cauſas tantum fiſcales cognoſcebant, & tributa, & vectigalia in provinciis exigebant; & hi nec provincias regebant, nec merum imperium habebant: alii vice Præſidum mittebantur, & hi provincias adminiſtrabant, & imperium
11 habebant *l. 2. C. de pœn. l. non valet. 4. C. ad l. Fab. de plagiar.* Provinciæ verò, quæ ordinabantur à populo, & in quas præſides mittebat Senatus, omnes erant proconſulares, quia qui eas regebat, proconſul dicebatur, cui Legatus ab eodem Senatu dabatur. Itaque provinciæ Imperatoris conſulares dicebantur, & aliquæ etiam præſidales, ſeu prætoriæ provinciæ, populi omnes proconſulares. Sed jure populi extincto, & Senatui ablato, provinciæ proconſulares eſſe deſierunt. Enim verò Probus Imperator jus Senatui reſtituit. Vopiſcus in *ejus vita*: *Permiſit patribus, ut ex magnorum judicum appellationibus ipſi cognoſcerent, proconſules crearent, Legatos conſulibus darent, jus prætorium præſidibus darent.* Quæ verba meo judicio nihil aliud ſignificant, quàm Probum provinciarum adminiſtrationem Senatui reſtituiſſe: adeoque permiſiſſe, ut in provincias proconſulares, proconſules mitterent: in legatorias, legatos cum jure conſulari: in præſidales præſides cum jure prætorio.

12 Perfectiſſimi ad minorum provinciarum adminiſtrationem deputabantur. Hæc dignitas codicillis ab Imperatore conferebatur *l. un. C. de perfectis. dign.* Hi equitibus digniores fuiſſe videntur, ut apparet ex *l. 1. C. Theod. de his qui ven. ætat. impetr.* Quamquam Valentinianus in *l. un. C de equeſtr. dign.* poſt Senatores ſecundum gradum tribuat equitibus. Perfectiſſimus erat Præſes Arabiæ tempore Conſtantini, ad quam reſcripſit Imperator in *l. cum reis* 18. *C. de pœn.* ut conſtat ex ejus Legis inſcriptione THEODORO V. P. PRÆSIDI ARABIÆ: hoc eſt, viro perfectiſſimo. Item Præſes Dalmatiæ, ut conſtat ex *notit. Imper. Orient.* & Præſes Iſauriæ, qui inter clariſſimos non recenſetur. Hi quoque in tres claſſes diviſi erant primi, ſecundi, & tertii ordinis, ut conſtat ex *l. ſcriniis 7. §. 1. C. de palatin. ſacr. largit.* Præſides fuiſſe perfectiſſimos ordinis primi, dubitandum non eſt: cum ſcrinii auri ad reſponſum Primicerius eſſet perfectiſſimus ordinis primi *d. l.* Ex perfectiſſimis quidam erant etiam Comites in *l. 2. C. Theod. de bon. vac. Breves eorum pleniſſimos ad virum perfectiſſimum comitem, & amicum noſtrum mitti.*

Præſides etiam, & qui provincias rege- 13
bant, Comitis dignitate decorabantur, & quidem primi ordinis *l. un. c. de Comit. qui provinc. reg.* Sed illis tantum Præſidibus, qui ab Imperatore mittebantur ad adminiſtrandam provinciam, hæc dignitas conferri ſolebat: accedebat enim plerumque illis, qui
erant in miniſterio principis. Ad hos referri 14
poteſt etiam Comes privatarum rerum divinæ domûs. Licet enim provincias non gubernaret, tamen in illis magnâ auctoritate pollebat: univerſum enim patrimonium principis adminiſtrabat, & agros per totum orientis tractum exiſtentes curabat *l. hi quibus l. omnes l. pen. c. de fund. patrimon. l. univerſi c. de fund. rei privatæ*, & omnibus titulis à *tit.* 58. *uſque ad fin. Lib.* 11. Hic dicebatur etiam rationalis, & magiſter rei privatæ *l. pen. c. ubi cauſa ſtat. ag. deb.* & procurator Cæſaris *l. 1. ff de offic. proc. Cæſaris*: item curator *l. ult ff eod.* vel procurator privatæ rationis *l. procurator c. de edend.* & Comes rei dominicæ *l. ult. c. de fund. & ſaltib. rei domin.* & Comes ærarii privati *l. ult. c. de locat. præd. civil l. 3. c. de bon. vacant. l. ult. c. de petit. bon. ſublat.* Hujus ampliſſimam juriſdictionem latè explicat Caſſiodorus *in 6. in comit. priv.* præter cauſas enim fiſcales cognoſcebat etiam de cauſis ſtatus *l. penult. c. ubi cauſ. ſtat. agi deb.* de jure ſe-

Digitized by Google

pulcrorum, de cauſis inceſtûs *l. qui contra c. de inceſt. nupt.* Caſſiod. *ibid.* de corruptis judicibus *Novell.* 124. §. 2. Tacit. *Lib.* 12. *annal. cap.* 60. *prope fin. de Claudio Imperatore: Eodem anno ſæpiùs audita vox principis: parem vim rerum habendam à procuratoribus ſuis judicatarum, ac ſi ipſe ſtatuiſſet: ac ne fortuito prolapſus videretur, ſenatus quoque conſulto cautum plenius, quàm anteà & uberius*, & paulò poſt: *Cùm Claudius libertos, quos rei familiari præfecerat, ſibique & legibus adæquaverit.* Fruſtrà Juſtus Lipſius in *excurſu ad lib.* 12. *annal. Tacit.* tentat perſuare, hîc agi de Procuratoribus, qui jure Præſidis provincias regebant, de quibus ſuprà. Nam verba illa, *quos rei familiari præfecerat*, clariſſimè oſtendunt, Claudium hoc jus dediſſe Procuratoribus rei privatæ, rei familiaris. Id. Tacit. *lib.* 4. *Ann. cap.* 15. *paulò poſt princ. Adeò ut Procurator Aſiæ Lucilius Capito accuſante provinciâ cauſam dixerit magnâ cum adſeveratione principis: non ſe ei jus, niſi in ſervitia, & pecunias familiares dediſſe: quòd ſi vim Prætoris uſurpaſſet, manibuſque militum uſus foret, ſpreta in eo mandata ſua: audirent ſocios. Ita reus cognito negotio damnatur.* Utitur Tacitus hic eâdem formâ loquendi, *in pecunias familiares*, cùm agat de Procuratore Cæſaris. Quorſùm autem Claudius id confirmari ſenatûs-conſulto curaſſe, veritus, ne fortuito prolapſus videretur? ut ibi ait Tacitus. Si hoc Procuratoribus vice Præſidis dediſſet, nihil tale verendum erat: ipſi enim præſidum jus & auctoritatem habebant: nam merum imperium habebant ſicut Præſides: ideò ſæpenumero præſides appellantur. Facem nobis præbet Pontius Pilatus, qui fuit Judeæ Procurator: Tacit. *lib.* 15. *Annal. cap.* 44. *poſt med. Auctor nominis ejus Chriſtus Tiberio imperante per procuratorem Pontium Pilatum ſupplicio affectus erat.* Lucas in *Evang. Anno autem quinto decimo imperii Tiberii Cæſaris procurante Pontio Pilato Judæam.* Et tamen Pilatus habebat jus gladii. Joann. *cap.* 19. *Neſcis, quia poteſtatem habeo crucifigere te, & poteſtatem habeo dimittere te?* Initium hujus rei jam olim ab Auguſto. Tacit. *lib.* 12. *cap.* 60. *Nam Divus Auguſtus apud equeſtres, qui Ægypto præſiderent lege agi, decretaque eorum proinde haberi juſſerat, ac ſi Magiſtratus Romani conſtituiſſent: mox alias per provincias, & in urbe pleraque conceſſa ſunt, quæ olim à Prætoribus noſcebantur.*

Itaque ad rem. Ulpianus in *l. hi qui* 8. §. 15
tranſactiones 19. *ff. de tranſact. Tranſactiones alimentorum etiam apud procuratorem Cæſaris fieri poſſunt; ſcilicèt ſi à fiſco petantur alimenta: ſecundum quæ & apud præfectos ærarii tranſigi poterit.* Tranſactio autem hujuſmodi nonniſi apud Prætorem fieri poterat ex oratione D. Marci *d. l.* 8. *in princ.* Hic locus Ulpiani nos admonet, falli eos, qui non diſtinguunt Procuratores Cæſaris à Præfectis ærarii: aliud fiſcus: aliud ærarium, ut ſuprà probavimus. Quòd autem Claudius procuratori ſuæ rei privatæ id conceſſerit probat perſpicuè Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de Offic. procur. Cæſ.* ubi de hoc agens Procuratore ait: *Quæ acta geſtaque ſunt à procuratore Cæſaris, ſic ab eo comprobantur, atque ſi à Cæſare geſta ſunt.* Confer hæc verba cum verbis Taciti, & hâc in re non hæſitabis. Illud planè non intelligo, cur Vir doctiſſimus excludat 16
ab officio Procuratoris rei privatæ equites, & libertos, non autem ab officio Procuratoris cum præſidali poteſtate. Quia, inquit, equites non habebant juriſdictionem. Ita profectò: ſi non habebant magiſtratum aut officium, cui eſſet adjuncta juriſdictio: cujuſmodi erat Procurator Cæſaris; *tot. tit. C. ubi cauſ. fiſcal.* & nos ſuprà probavimus. Sed demus, hâc de cauſâ non potuiſſe creari Procuratores rei privatæ: multò minùs igitur poterant eſſe Procuratores vice præſidis, qui non ſolùm juriſdictionem habebant, ſed etiam merum imperium. At hi erant equites Romani: Joſeph. *de bell. Jud. Lib.* 2. *cap.* 8. *in princ.* ubi de Coponio equite Romano, Judeæ Procuratore, & *Antiquit. Judaic. Lib.* 18. *cap.* 1. *in princ.* Imò etiam liberti, ut Antonius Felix. Tacit. *lib.* 5. *Hiſtor. cap.* 9. *Judæa provinciam equitibus Romanis, aut libertis permiſit; è quibus Antonius Felix per omnem ſævitiam ac libidinem jus regium ſervili ingenio exercuit.* Sueton. *in Claud. cap.*

Digitized by Google

28. *Nec minùs Felicem, quem cohortibus & alis, provinciaque Judea præpoſuit.* Sed hæc in tranſcurſu: ad Comites revertamur.

17 Comites, de quibus hactenùs, nullam habebant hypothecam in bonis Imperatoris: Sed nec habere poterant. Habebant enim annonam de publico ipſis aſſignatam, eamque ſubminiſtrabant illis provinciales; & ſi non reſponderent ad tempus, poterant manu militari ab ipſis extorquere. Procurator Cæſaris pecuniam, & quidquid aliud à colonis debebatur, exigebat: Sed annonam, quæ Comitibus erat præſtituta, ipſi exigebant. Ita interpretor verba Dionis *Lib.* 53. ubi ait, quòd Procuratores Cæſaris ejus reditus in provinciis exigebant, præterquàm id, quod Proconſules ex tributis exigunt. Cæſar autem, & Procuratoribus, & Proconſulibus, & Comitibus militaribus mandata dabat, quomodo in his ſe gerere deberent.

18 Si quis ſcire deſiderat, quantum annonæ, ac ſalarii nomine acciperent, ponam hîc Valeriani Imperatoris mandata, quæ Probo, cui contulerat tribunatum militum, & Claudio aſſignat. Vopiſcus *in Probo: Miraris, quòd imberbem tribunum fecerim: Sed non miraberis, ſi Probim cogitas adoleſcentem verè probum. Huic igitur dabis.*

Tunicas rufulas ——— 2.
Pallia Gallica fibulata ——— 2.
Interulas paragaudias ——— 2.
Patinam argenteam Librarum X. *ſpecillatam*
Aureos Antonianos ——— 100.
Argenteos Aurelianos ——— 1000.
Æreos Philippeos ——— 10000.
Carnis bubula diurna pondo ——— 6.
Porcina pondo ——— 6.
Caprina pondo ——— 10.
Olei per biduum ſextarium unum.

Vini veteris diurnos ſextarios 10. *cum larido bubalino. Salis, olerum, lignorum quantùm ſatis eſt. Hoſpitia præterea eidem, ut tribunis legionum, præberi jubebis.*

Claudio autem, quem tribunum Martiæ quinctæ legioni dederat, multò plura dari præcipit, quia non quaſi tribuno, ſed quaſi Duci ea detulit. Sunt autem hæc, apud Vopiſcum *in Claudio:*

Frumentia nnuos modios ——— 3000.
Hordei modios ——— 6000.
Laridi Libras ——— 2000.
Vini veteris ſextarios ——— 3500.
Olei boni ſextarios ——— 150.
Olei ſecundi ſextarios ——— 600.
Salis modios ——— 20.
Ceræ pondo ——— 150.
Fœni, paleæ, aceti, oleris, herbarum quantùm ſatis eſt.
Pellium tentoriarum decurias ——— 30.
Mulos annuos ——— 6.
Equos annuos ——— 3.
Camelos annuos ——— 10.
Mulas annuas 9.
Argenti in opere annua pondo ——— 50.
Philippeos noſtri vultûs annuos ——— 150.
In ſtrenis ——— 47.
Et trientes ——— 160.
In caucos, & ſcyphos pondo — 11.
In caucos, & ſcyphos & zuma pondo — 11.

Tunicas ruſſas militares annuas, ſagochlamydes annuas duas, fibulas argenteas, inauratas duas: fibulam auream cum acu Cypriâ unam: balteum argenteum inauratum unum, annulum bigemmem uncialem: brachialem unum unciarum ſeptem: Torquem libralem unum: caſſidem inauratam unam: ſcuta chryſographata duo: Loricam unam, quam refundat: Lanceas herculaneas duas: aclydes duas: falces duas, falces fœnarias quatuor: coquum, quem refundat unum: mulionem, quem refundat unum: mulieres ſpecioſas ex captivis duas: albam ſubſericam unam cum purpura Girbitana: ſubarmale unum cum purpura Maura: Notarium, quem refundat, unum: ſtructorem, quem refundat, unum: Accubitalium Cypriorum paria duo: Interulas puras duas: faſcias viriles duas: togam, quam refundat, unam: Latum clavum, quem refundat, unum: Venatores, qui obſequantur, duos: carpentarium unum: Curam prætorii unam: ligni quotidiani pondo mille, ſi eſt copia; ſin minus, quantùm fuerit, & ubi fuerit: coctilium quotidiana batilla quatuor: balneatorem unum, & ad balneas ligna: ſin minùs, lavetur in publico. Jam cætera, quæ

Digitized by Google

propter minutias ſcribi nequeunt, pro moderatione præſtabis, ſed ita ut nihil adæretur. Et ſi alicubi aliquid defuerit, non præſtetur, nec in nummo exigatur. Qui explicationem quorumdam verborum, quorum non eſt obvia intelligentia, deſideraverit, adeat doctiſſimum Salmaſium: ad rem noſtram enim non pertinet hæc explicare. Quod ad nos attinet, pauca ſunt expendenda.

19 Primum, quòd hæc epiſtola à Valeriano ſcripta eſt ad Zoſimionem Procuratorem Syriæ, cui mandat, ut hujuſmodi ſalarium præſtet ex ſuo privato ærario. Procurator enim Cæſaris, qui ærario privato ejus præerat, hoc eſt, fiſco, pecunias à debitoribus fiſci exigebat, eaſque in ea, quæ princeps mandabat, erogabat. Id docet Dio. *Lib.* 53. *τάς τε κοινὰς προσόδους ἐκλέγοντας, καὶ τὰ προστεταγμένα σφισιν ἀναλίσκοντας.* Et annonas, & pabula animalium Præſidibus, & cæteris præſtabat. *L.* 2. *C. de curſu publ.* Habebant autem ſuſceptores, qui pecuniam colligebant, & expendebant periculo ipſius Procuratoris. Itaque nec Comes privatarum largitionum, nec fiſcus tenebatur, ſed omne damnum ſpectabat ad Procuratorem rei privatæ, cui onus erat injunctum, ut annonas ſumptumque familiæ rectorum provinciæ, & pabula animalibus, & quæcumque ſtatuta eſſent, ſubminiſtraret. *L. ſuper* 9. *C. de jure fiſci.* quæ ad Comitem rerum privatarum ab Imperatoribus ſcripta eſt. Conſtat igitur nullam potuiſſe hypothecam conſtitui, niſi in bonis Procuratoris favore fiſci, & ſuſceptorum favore Procuratoris.

20 Secundò obſervanda ſunt illa verba: *Sed ut nihil adæretur.* Non poterant igitur pro annonis, & capito præſtare aut exigere æſtimationem: & hoc, ne provinciales gravarentur: ideòque præſtanda, quæ ipſa provincia ſuppeditabat. Adærare eſt ære vel argento æſtimare, idque pro ſpeciebus debitis præſtare. Æs enim etiam argentum comprehendebat. Suid. *χαλκὸς ἀργύρια τετυπωμένα. Æs, argentum ſignatum.*

Denique animadverſione digna ſunt ultima epiſtolæ verba: *ligni quotidiani pondo mille, ſi eſt copia*: & rurſus: *ſi alicubi aliquid defuerit, non præſtetur, nec in nummo exigatur.* Debebant igitur præſtari, quæ in ea provincia proveniebant; ſin aliter, ne ſic quidem pro illis pecunia exigi poterat. Propterea non poterant provinciales evitare ſolutionem, nam ab illis, ſi procraſtinarent, manu militari extorquebantur: utinam verò ea ſolùm, quæ penitus debebant. Cùm enim illi, qui ad exactionem mittebantur, pro capidinate & libidine ſuâ graviter ex provincialium viſceribus eruerent prope infinita, Honorius & Theodoſius conſtituerunt, ut ad ſimilitudinem militum, quibus ærariæ præbebantur annonæ, *adærare* liceret. *l. annonas* 15 *C. de erog. milit. ann.* quæ deprompta eſt ex L. *penult. eod. tit. in C. Theod.* Anteà tamen ſeverìſſimè erat interdictum annonas adærare. *L. nequis* 18. *L. nulli* 20. *C. Theod. eod. tit.* Poſteà collabente diſciplinâ etiam ſtellaturas adærare permiſſum. *l. ex provinciarum* 28. *C. Theod. eod.* Stellatura dicebatur, quidquid tribunus ex ſalario, atque annonâ militibus debitâ decerpebat, ac delibabat ſibique retinebat. Olim quidem capite ſancitum, ne quis ſtellaturas acciperet. Spartian. in *Peſcennio*: *Nam & Imperator tribunos duos, quos conſtitit ſtellaturas accepiſſe, lapidibus obrui ab auxiliaribus juſſit.* Lamprid. *in Alexandro Severo. Annonam militum diligenter inſpexit: tribunos, qui per ſtellaturas militibus aliquid tuliſſent, capitali pœnâ affecit.* Poſteà non ſolùm permiſſæ fuerunt ſtellaturæ, ſed etiam earum adæratio. 21 Tandem Juſtinianus eas in limitaneis & comitatenſibus militibus interdixit, impoſitâ quadrupli pœnâ, & dignitatis privatione *l.* 2. *§. pro limitaneis* 8. *in fin. & §. ſeq. C. de offic. Præf. Prætor. Africæ.* Unde fuerit ſtellaturæ nomen deductum, non conſtat inter doctos.

Multi multa, & varia. Cl. Salmaſius à 22 ſtellione & ſtellionatu deductum fuiſſe nomen ſtellaturæ putat. Durum id quidem: præſertim quia, non per fraudem à militibus auferebantur, ſed titulo donationis gratuitæ *l. ſi quas.* 29. *C. Theod. de erog. milit. annon.* Licèt Juſtinianus in ſuperiore §. 8. per fraudem eos accipere dicat; tamen

Digitized by Google

ibi agit generaliter de omnibus lucris, quæ duces & tribuni captabant, conſuetudinem allegantes. Gothofredus *in C. Theod.* putat à ſtilla dictas, & legendum *ſtillaturas*, non *ſtellaturas*. Sed apud Scriptores Hiſtoriæ Auguſtæ ſemper legitur, *ſtellatura*. Omitto alias ineptiſſimas interpretationes. Equidem non video, cur non deduci poſſit à ſtellis. *A ſtellis, ſtellare, ſtellatus*, quæ paſſim uſurpantur; cur non etiam *ſtellatura*? ut à *præfectus*, *præfectura*: *à ſutum, ſutura*, & ſimile. Quidni autem dici poſſit id à ſimilitudine ſtellarum deciduarum, & diſcurrentium, quas è numero, & congerie ſtellarum decerptas in terram, & mare prolabi vulgò creditum eſt: ſeu, ut Plinius putat, à ſtellis ipſis extrudi nimio alimento tracti humoris, quemadmodùm à lumine ſcintillæ identidem egeruntur & extruduntur, fuiſſe ad militum annonam traductum. Sicut enim ſtellæ vagantes & diſcurrentes è cœlo decerpuntur, cujus minimæ ſunt particulæ, ita minimæ illæ partes, quas tribuni ex militum annonis decerpebant, quaſi ſtellæ deciduæ, ſtellaturæ nomen dederint illi delibationi, & abraſioni ſalarii militaris. Minima enim erat ſalarii pars à tribunis abraſa: neque enim poterat excedere annonam ſeptem dierum *l. ſeptem* 12. *C. de erog. milit. annon.* ex qua corrigenda eſt. *l. à provinciarum* 25. *C. Theod. eod. tit.* in qua pro *ſeptem*, legitur *ſemper*. Enimverò de origine hujus nominis nihil affirmo, & quæ dixi, ad vulgi opinionem locutus ſum, quem penès arbitrium eſt, & jus, & norma loquendi. At hæc non magni ſunt momenti. Ad hypothecam tacitam revertamur.

23 Summa rerum hæc eſt. Provinciæ tributum indicebatur à Præfecto Prætorio, vel ab ipſo Imperatore, & quidem ut plurimùm in ſpeciebus annonariis ad alendos milites, & ſolvenda ſalaria tribunis, ducibus, comitibus, præſidibus, & aliis. Provinciæ frumentum, hordeum, oleum, laridum, capitum & alias ſpecies annonarias, ſeu cellarienſes ſuis impenſis in horrea publica deferebant. Suſceptores eas in horreis condebant. Dabantur autem de publico illis ænei, ſeu lapidei modii cum ſextariis, & ponderibus, ne quis fraudari poſſet. *l. modios* 9. *C. de canon. largit.* Si recipere recuſarent, ipſi duplum fiſco per Præſidem inferre cogebantur, qui autem detulerat, liberabatur. *l.* 1. *C. de ſuſceptor.* Si provinciales ſolvere negligerent, captis pignoribus coërcebantur. *l.* 1. *& 2. C. de capiend. & diſtrab. pignor.* Pendere autem tenebantur frumenti quinquageſimam; hordei quadrageſimam, vini & laridi viceſimam. *l. modios* 9. *C. de ſuſcept.* Præcipua autem cura penès Præfectum Prætorio Julius Capitolin. in *Gordian. tertio* refert, Miſitheum Gordiani præfectum eâ diligentiâ annonam provincialem procuraſſe, ut *nulla unquam eſſet civitas limitanea potior, quæ non poſſet exercitum Populi Romani, ac principem ferre, quæ totius anni in aceto, frumento, & larido, atque hordeo & paleis condita non haberet, &c.* Cura verò pecuniæ penès Theſaurenſem vel Comitem Theſaurorum vel Præpoſitum theſaurorum erat: his 24
enim nominibus appellabatur, qui pecuniam publicam in provinciis colligebat, cuſtodiebat, Romam tranſmittebat *l.* 1. *& tot. tit. de ſuſceptor. præpoſ. & arcar. l.* 2. *c. de palatin. ſacr. largit. l. nullus* 14. *c. Theod. de diverſ. offic.* Hi autem ad rem ſacri ærarii procurandam non admittebantur, niſi idoneas darent ſatiſdationes *l. privata* 14. *c. de murileg.* Ita etiam tum ſuſceptores, tum præpoſiti horreorum, tum etiam nominatores eorum obligabantur fiſco: imò nominatores nihil poterant ab eis emere nec per ſe, nec per interpoſitam perſonam, quod eſt omninò ſingulare, licèt illi nominatorum periculo adminiſtrarent, & Præſides etiam tenebantur, ſi negligerent curare, quæ debebant *l.* 1. *l.* 2. *l.* 8. *c. de ſuſceptor.*

Conſtat igitur fiſcum quidem obſtrinxiſſe 25
ſibi Comites, & adminiſtratores rerum provincialium, contra eos nullâ obligatione fiſcum aut imperatorem ſibi devinxiſſe. Nec enim hâc obligatione cum hypotheca indigebant, cùm in eorum poteſtate eſſet à provincialibus exigere, atque extorquere ſalarium ſibi de jure debitum. Utinam verò id

tantummodò extorſiſſent. Multi miſeros provinciales vexabant, diripiebant, expilabant. Hinc crebræ ſeditiones, & Romæ frequentiſſima judicia repetundarum, quæ paſſim occurrunt in veterum ſcriptorum monumentis, in quibus tamen numquam fit mentio cujuſquam Præſidis, qui convenerit imperatorem. Porrò nihil abſurdius meo judicio poteſt exiſtimari, quàm Imperatorem conceſſiſſe privilegium tacitæ hypothecæ contra ſemetipſum. Num fortaſſe vereri poterat, eos quibus honorem ampliſſimum, quæſtuoſiſſimum magiſtratum, regiam penè poteſtatem concedebat, hæc omnia repudiaturos, niſi concederet etiam privilegium tacitæ hypothecæ cum prælatione in omnibus ſuis bonis? Nugæ.

CAPUT IV.

Ad L. deprecatio 9. ff. ad Leg. Rhod.

SUMMARIUM.

1 *Antonini reſponſum male habitum ab Interpretibus.*

2 *Ignei & ſequacium criminationes & n. 3. 5.*

4 *Publicanis obſecundare fas eſt; nec tamen nimia licentia eis concedenda.*

6 *Antoninus ſuperbia accuſatus defenditur.*

7 *Roma mundi domina. Romani rerum Domini. Imperator Dominus. & n. 9.*

8 *Auguſti & Tiberii tempore Imperator Dominus jam vocabatur. Hac appellatio eviluit ante Antonini Imperium.*

10 *Ammiani Marcellini in Conſtantium reprehenſio quo ſenſu accipienda.*

11 *Imperator ſe dicit mundi κύριον, quod ſignificat eum, qui habet ſummam poteſtatem; non δεσπότην, quod ſignificat dominum, cujuſmodi eſt dominus erga ſervum.*

12 *Imperator ſe dominum dicit quaſi habentem ſummam poteſtatem, ſicuti habet lex.*

13 *Dominus apud Latinos indicat tam ſummam auctoritatem, quàm verum dominium.*

14 *Dominii ſignificatio multiplex. & n. 15.*

15 *Fines orbis anguſtiores à veteribus crediti.*

17 *Vera legis interpretatio.*

18 *Rhodiorum Lex de publicandis navibus roſtratis in portu deprehenſis.*

19 *Cauniorum gens & inſula Rhodiis attributa iiſdem legibus uſa.*

20 *Rhodiorum Leges & diſciplina navalis, navigationes, divitiæ, coloniæ.*

21 *Eudemonis quæſtio fuit de navi, quam publicani contendebant publicam factam eſſe Legis Rhodiæ prætextu.*

22 *Rhodia Lex à publicanis longiùs producta. Sapientiſſima Antonini conſtitutio ad eorum improbitatem frænandam.*

NUlla ferè alia Lex à noſtris interpretibus adeò vexata eſt, ut humaniſſimum
hoc, & prudentiſſimum Antonini Impera- 1
toris reſponſum. Illi enim in optimum Principem injurioſi pravâ perverſâque intelligentiâ turpiter ipſum calumniati ſunt, quæ dicere voluit, non rectè percipientes, & quæ noluit, affingentes. Ab injuris tam putidis, & contumelioſis operæ pretium eſt vindicare ſapientiſſimum juſtitiæ, clementiæ, moderationis exemplar.

Primùm calumniatur ipſum Igneus, ejus- 2
que aſſeclæ, quòd dixerit Imperator ſe eſſe Legem maris, quid abſurdius? Conſtitutio græcè ſcripta fuit: Non dixit autem, ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, νόμος δὲ θαλάσσης, ſed ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. Quæ verba ſignificant ipſum eſſe mundi dominum, legem autem eſſe dominam maris. Quòd grecè neſciverit, non reprehendo: quòd autem id ex verbis ſubſequentibus non comprehenderit, error eſt planè inexcuſabilis. *Lege id Rhodiâ, quæ de rebus nauticis præſcripta eſt, judicetur.* Si ipſe Lex eſt maris, quâ ratione recuſavit judicare, & Eudæmonem rejecit ad Legem Rhodiam, cujus nec auctor, nec conditor fuerat?

Idem, qui ne verbum quidem ejus Legis
intellexit, iterum calumniatur Antoninum, 3
quòd ita reſponderit irâ percitus contra piratas. Quorſum piratas intrudit? Publicani, non piratæ, merces & naufragos diripuerant, ſed publicani, videlicèt qui publica vectigalia conduxerant. His potiùs obſecundare, quàm ſuccenſere, conveniebat Imperatori. Etenim, ut eleganter ait M. Tullius in *orat. pro Cn. Plancio. Hoc equitum Romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum Reip. publicanorum ordine continetur. Nam imperium retineri ſine vectigalibus nullo modo poteſt*: ut idem monet in *ep. 1. lib. 1. ad Q. Fratrem*. Quid cauſæ igitur erat, cur Imperator publicanos odio proſequi, ac perſequi

deberet

deberet? Sanè Cicero cum in Aſia Proconſul eſſet, Attico ſuo ſcribit in *epiſtola* 1. *lib.* 6. *De publicanis quid agam, videris quærere: habeo in deliciis, obſequor, verbis laudo, orno, efficio, ne cui moleſti ſint* Et in laudata epiſtola *ad Q. Fratrem. Quibus ſi adverſamur, ordinem de nobis optimè meritum, & per nos cum Rep. conjunctum, & à nobis, & à Rep. disjungemus: ſin autem omnibus in rebus obſequemur, funditùs eos perire patiemur, quorum non modo ſaluti, ſed etiam commodis*
4 *ſervire debemus.* Prudentiſſime igitur Imperator, ne aut publicanos offenderet, & à ſe alienaret, aut nimiam licentiam, prædandique daret impunitatem; nihil ipſe voluit in ea cauſa decernere, ſed Lege Rhodiâ juſſit judicari: quâ de re nec Eudæmon queri poterat, nec publicani. Idque ex conſilio Voluſii Metiani, qui hoc reſcriptum refert in laudata *L. deprecatio. Multa enim de jure ſanxit Antoninus, uſuſque eſt juriſperitis Vinidio Vero, Salvio Valente, Voluſio Metiano, Ulpio Marcello, & Javoleno.* Ita Capitolin. *in ejus vita.*

5 Denique ut hanc Legem funditus everteret, auſus eſt proferre, Legem Rhodiam ab Imperatore tamquam peſtiferam improbari. Quid perverſius? quid intolerabilius dici poteſt, aut cogitari? Inſaniat neceſſe eſt, cui Lege perlectâ, hoc in mentem venerit. Ad Legem Rhodiam ſcripſere tot veteres Juriſconſulti, quorum in jure noſtro clariſſima ſunt impreſſa veſtigia. Extat in eo titulus *de Lege Rhodia de jactu.* Paulus *lib.* 2. *recept. ſentent. tit.* 7. eam explicat luculenter. Strabo *lib.* 14. *de inſula Rhodo* admirabilem dixit eunomiam Rhodiorum, & curam de rebus nauticis: & alii ſcriptores pariter legis Rhodiæ mentionem faciunt honorificentiſſimam. Ergone peſtiferæ dici debent Leges græcis, latiniſque litteris celebratæ? Sed hæc adeo ſunt abſurda, ut ne refelli quidem mereantur.

6 Interpretes magis cordati criminantur faſtum, arrogantiam, ſuperbiam Antonini, quod ſe mundi dominum dixerit. An id jure ac merito, videamus. Nihil magis alienum ab hoc Imperatore, quam faſtus, atque jactantia. Capitolin. *in ejus vita in princ. Sobrius, diligens, agricultor, mitis, largus, alieni abſtinens: & omnia hæc cum menſura, & ſine jactantia.* & infrà. *Imperatorium faſtigium ad ſummam civilitatem deduxit.* & rurſus. *Amicis ſuis in imperio ſuo, non aliter uſus eſt, quàm privatus,* & infrà. *Cum ſibi & filiis honores peteret, omnia quaſi privatus fecit.* En! Imperatorem in omnibus vitæ ſuæ partibus moderatum ac temperantem. Illud ſatis mirari non poſſum, in reprehenſionem incurrere ſuperbiæ, atque arrogantiæ, reſponſum ſeu reſcriptum plenum moderationis & æquitatis; in quo Imperator abrogat ſibi facultatem judicandi de propoſita direptione, quam ipſi & imperii majeſtas, & omnis ratio, & jura omnia concedebant, eamque Legi tribuit: in quo detrahit ſibi quodammodo maris imperium, quod ſuo jure poterat ſibi vindicare, illudque arrogat Legi, quæ nullam vim, & auctoritatem habere potuiſſet, niſi ex Imperatoris auctoritate. At enim vocat ſe mûndi dominum. Non eſt arrogans,
& inſolens oſtentatio? Non eſt ita: non eſt 7
profectò. Quis umquam Romam non dixit eſſe dominam? Quis Romanos non appellavit dominos? Quis Imperatores hoc eodem titulo non decoravit? Horat. *Carmin. lib.* 4. *od.* 14.

— *O tutela præſens*
Italiæ, dominæque Romæ.

Mart. *lib.* 1. *epigr.* 3.

Neſcis, heu neſcis dominæ faſtidia Romæ.

Dionyſ. Halic. *lib.* 1. Arnob. *lib.* 2. *ipſam denique apud dominam Romam.* Leo Papa *in ſermon.* 1. *Apoſtol. Nec mundi dominam times Romam, qui in Cayphæ domo expaveras ſacerdotis ancillam.* & alii ſcriptores paſſim hoc titulo Romam ſolent inſignire. De Romanis Virg. *lib.* 1. *Æneid.*

Romanos rerum dominos, gentemque togatam.

Arnob. *lib.* 4. *Romanos dominos rerum ac prin-*

cipes. Oroſ. *lib.* 5. *c.* 1. Romanos rerum dominos pariter vocat, & non ſemel Ammian. Marcellin. Tacit. *lib.* 4. *Hiſtor.* Romanos communes dominos appellat. Dionyſ. *lib.* 1. Claud. *Paneg.* 2. *in Stilicon.* Si hoc meruerunt Romani, quidni Imperator, qui Romanis ipſis imperitabat? Plinius in *epiſtolis ad Trajanum*, qui fuit omnium fere Imperatorum moderatiſſimus, eum paſſim dominum appellat. Mart. *epigr.* 2. *de Spectaculis.*

Deliciæ populi, quæ fuerant domini.

Et alibi:

Edictum Domini Deique noſtri.

Tacit. *lib.* 6. *Annal.* de Caligula: *Paſſieni dictum percrebuit: neque meliorem umquam ſervum, neque deteriorem dominum fuiſſe.* Omitto reliqua.

Non ignoro, Tiberium initio Principatus
8 hunc titulum recuſaſſe. Tacit. *Annal.* 2. *in fin. Acerbeque increpuit eos, qui divinas occupationes, ipſumque dominum dixerant.* Sed Tiberius ſolebat recuſare quod flagrantiſſime concupiſcebat: qui imperium etiam ſuſcipere in Senatu recuſavit, qui ſingularem modeſtiam oſtentavit, quamdiu vixit Germanicus, quem maxime metuebat, ut hoc idem factum referens notat Dion. *lib.* 57. *Cæterum etiam vivente Auguſto Romani dominos vocabant Imperatores.* Id. Tacit. 1. *Annal. in princ. Pars multo maxima imminentes dominos variis rumoribus differebant.* Paulatim verò hic titulus eviluit, ut etiam privati eo honorarentur. Argutè Mart. *lib.* 5. *ep.* 55.

Cum voco te dominum, noli tibi, Cinna, placere,
Sæpe etiam ſervum ſic reſaluto meum.

Seneca *ad Lucil. Quomodo obvios, ſi nomen non ſuccurrat, dominos ſalutemus.* Mart. *lib.* 1. *ep.* 67.

E ſerva ſcis te genitum, blandeque fateris,
Cum dicis dominum, Soſitiane, patrem.

E ſerva lego non *è ſervo*, ut communiter, quia ſic nullus eſſet ſenſus. Imo clientes patronos ſuos dominos vocabant. Mart. *lib.* 10. *ep.* 10.

Qui me reſpiciat, dominum, regemque vocabo?
Cum te non noſſem dominum, regemque vocabam.

Attuli teſtes, qui ante Antoninum floruerunt. Eſtne igitur grave piaculum, ſi Imperator dominum ſe eſſe dicat, cum privati quoque, & quidem non admodum illuſtres, hunc titulum uſurparent?

Atqui non ſolum ſe dominum appellat, 9
ſed mundi dominum. Hic eſt ſcrupulus, qui male habet noſtros interpretes. Quid hoc eſt quæſo? Numquid aliter de Roma, de populo Romano, de Imperatore locuti ſunt ſcriptores, etiam tunc cum Romanum imperium nondum erat tam longe, lateque diffuſum? Cic. in *Philip.* 2. *Sed quis umquam tantis opibus, tantis rebus geſtis fuit, qui ſe Populi Romani victoris, dominique omnium gentium tutorem dicere auderet?* Tacit. *lib.* 3. *Hiſtor. Ne quiſquam adeo rerum humanarum immemor, quem non commoveret illa facies, Romanum Principem, & generis humani paulo ante dominum, relictâ fortunæ ſuæ ſede, per populum, per urbem exire de Imperio.* Id. Cic. *in* 1. *Catilin. Qui de hujus urbis, atque adeo orbis terrarum exitio cogitet.* Et in 2. *Agrar. in Rull. Vix mehercule ſervis hoc eum ſuis, non vobis omnium gentium dominis probaturum arbitrarer.* Et ad *Attic. lib.* 1. *ep.* 16. *Multiſque verbis ſuis mihi ſalutem Imperii, atque Orbis terrarum adjudicavit.* Brutus apud Ciceronem *epiſt.* 16. *lib.* 2. *epiſtolarum ad Brutum: Ut Octavius orandus ſit pro ſalute cujuſquam civis, ne dicam pro liberatoribus orbis terrarum.* Ariſtid. *in orat. de Roma*: μηκέτι θαυμάζειν, εἰ ὑπὸ τοσαύτης ἄρχεται πᾶσα ἡ οἰκουμένη. *Mirandum non eſt, tantam civitatem toti orbi imperare.* & infrà: τὴν ἴσην τῇ ἡλίου πορείαν ὥστε κ' ἥσιν ὑμετέραν. *Curſum ſolis æqualem eſſe veſtro Imperio.* Et infrà non ſemel ait, omnes

terras, quæ incoluntur, imperio Romano eſſe ſubjectas. Leo Papa *in nat vitate Apoſtol. Serm.* 1. *Nec mundi dominam times Romam, qui in Cajphæ domo expaveras ſacerdotis ancillam.* Huc refero Arnobii illud de Chriſto *in lib.* 2. *in princ. Numquid regiam ſibi vindicans poteſtatem, terrarum orbem cunctum legionibus infeſtiſſimis occupavit?* Pacat. *in Panegyr. Theodoſ. Cui toto orbe terrarum privata, vel publica redduntur.* Ammian. Marcellin. *lib.* 14. *de Roma: Ex omni plaga, quam orbis ambit immenſus, reportavit laurea triumphos.* & infrà: *Per omnes, quotquot ſunt, partes terrarum, ut domina ſuſpicitur & regina.* & Lib. 19. *Noſtris virtutes Conſtantii Cæſaris extollentibus, ut domini rerum, & mundi.* Dionyſ. ἡ δὲ Ῥωμαίων πόλις ἁπάσης μὲν ἄρχει γῆς. *Romanorum civitas imperat univerſæ terræ.* Cedrenus, πᾶσαν δουλωσάμενος τὴν οἰκουμένην. *In ſervitutem redigens univerſum orbem.* Id. Dionyſ. ἀνατολὰς καὶ δύσεις ὅρους ποιησαμένη τῆς δυναστείας. *Faciens Imperii terminos ortum, & occaſum.* Minutius *de Romanis: Eorum poteſtas, & auctoritas totius orbis ambitum occupavit.* Philo Jud. *de Legat. ad Cajum*: τίς γὰρ ἰδὼν Γάϊον μετὰ τὴν Τιβερίου Καίσαρος τελευτὴν παρειληφότα τὴν ἡγεμονίαν πάσης γῆς καὶ θαλάττης. *Quis enim videns Caium per mortem Tiberii Cæſaris ſuſcipientem Imperium totius terræ, & maris.* & infra: συμπάσης τῆς οἰκουμένης, *univerſæ terræ.* Hiſtoricis, & Oratoribus poëtas adjiciamus. Familiam ducant poëtarum maximi, Virgilius, & Horatius. Ille *lib.* 6. *Æneid.*

En hujus, nate, auſpiciis illa inclyta Roma
Imperium terris, animos æquabit Olympo.

Hic *lib.* 3. *carm. od.* 3.

Quicumque terris terminus obſtitit
Hunc tangat armis, viſere geſtiens
Qua parte debacchentur ignes,
Qua nebulæ, pluviique rores.

Id. *lib.* 4. *od.* 15.

— & imperii
Porrecta majeſtas ad ortum
Solis ab Heſperio cubili.

Tibull. *lib.* 2. *Eleg.* 5.

Roma tuum nomen terris fatale regendis
Qua ſua de cœlo proſpicit arma Ceres,
Quaque patent ortus, & qua fluitantibus undis
Solis anhelantes abluit amnis equos.

Claudian. *lib.* 1. *in Eutrop.*

— omne, quod ambit
Oceanus, domui

Et de *bello Gildonico*, & *in* 3. *Panegyr. Stilicon.*

Coripp. *lib.* 2.

Terrarum dominus Chriſtus dedit omnia poſſe.

Ac ne quis me ad poëtas, fabularum fictores, confugiſſe cavilletur, do teſtem religioſiſſimum, certiſſimumque Lucam Evangeliſtam, qui *cap.* 2. *verſ.* 1. refert: *In diebus illis exiit edictum à Cæſare Auguſto, ut deſcriberetur univerſus orbis.* Univerſum orbem dicit Imperium Romanum. Neque enim Auguſtus deſcribi mandaverat, niſi gentes ſibi ſubjectas. Quid ergo rei eſt, cur cavillemur in optimo Imperatore, quod ſcriptores omnes ſacri, profani, Oratores, Hiſtorici, Poëtæ, ei convenire cenſuerunt.

Non ignoro, Ammian. Marcellin. *lib.* 15. 10
in princ. objurgare Conſtantium, quem ubique vituperat, *quod dictando, ſcribendoque propria manu orbis totius ſe dominum appellaret: quod dicentibus aliis indignanter ferre deberet, &c.* Sed obſervandum eſt, quod hoc damnat in Conſtantio, *quia prædicabat, ſe ad æmulationem civilium Principum vitam, moreſque ſuos formare diligentiâ enixâ laborare*, ut ſtatim ſubjicit. Hanc Conſtantii jactantiam refert ut mihi videtur ad Auguſtum & Tiberium, quos æmulari ſe velle prædicabat. Clementiam, & civilitatem Auguſti laudat Sueton. *cap.* 51. & hujus vir-

tutis exemplum refert in *cap.* 53. his verbis: *Domini appellationem ut maledictum & opprobrium ſemper exhorruit.* & paulo infra: *Dominumque ſe poſthac appellari ne à liberis quidem, aut nepotibus ſuis vel ſerio vel joco paſſus eſt.*

Magna ſane animi moderatio. Sed nondum hic titulus adeo erat in uſu, & auctoritas ac poteſtas Principis, & Imperii ſtatus nondum fundatus erat, ad quod ipſe privatus aſcenderat. Civilitatem quoque Tiberii extollit idem Sueton. *in ejus vita cap.* 26. *Civilem ſe admodum inter initia, ac paulo minus quam privatum egit.* Deinde *cap.* 27. refert inter alia hoc exemplum: *Dominus appellatus à quodam denuntiavit, ne ſe amplius contumeliæ cauſa nominaret.* Exemplo ſcilicet ſui patris, qui hanc appellationem ut maledictum & opprobrium ſemper exhorruit. Hic autem non ſemper, ſed inter initia Principatus. Cur initio ita ſe geſſerit, oſtendit toto *cap.* 25. & ſupra indicavimus Etiam Alexander Severus *Dominum ſe appellari vetuit. Epiſtolas ad ſe quaſi ad privatum ſcribi juſſit.* Sed hic *ad remedium generis humani accepit Imperium*: ita ſcribit Lampridius *in ejus vita.* Hos certe non eſt æmulatus Conſtantius, nec mores ſuos, vitamque ad horum exempla compoſuit. Horum igitur comparatione vituperandus eſt. Hoc amplius obſervandum, quod Ammianus ſive obtrectandi ſtudio, ſive quia Conſtantius præter mundi totius dominum, æternitatem etiam ſibi arroganter adſciſcebat, verbum illud *mundi* accipit pro univerſo, quaſi Conſtantius jactaret, ſe eſſe dominum cœli, ac terræ. Subdit enim, quod etſi plures mundos regeret, tamen univerſitatis dici non poſſet, cum ſecundum mathematicos *ambitus terræ totius ad magnitudinem univerſitatis, brevis obtineat puncti.* Nimirum ſcriptor hic & ad obtrectationem propenſior eſt, & ſæpe oratorio more, quæ narrat, exaggerat, non hiſtorica ingenuitate exponit. Quid enim hac de re ipſe ſentiret, in præcedenti libro ingenuè fatetur. Ibi enim deſcribens ætates populi Romani, ejuſque incrementa, ait: *In juvenem erectus, & civium, ex omni plaga, quam orbis ambit immenſus reportavit laurea triumphos.* Enim verò rectè. Nam & Cicero de *Provinc. conſular. Nulla gens eſt, quæ non aut ita ſublata, ut vix extet: aut ita domita, ut quieſcat: aut ita pacata, ut victoriâ noſtrâ, imperioque lætetur.* Inter acclamationes Aureliani, quas refert Vopiſcus *in ejus vita*: *Per quem totus Romano nomini orbis eſt reſtitutus*; & in *vita Taciti*: *Te deligimus, te Principem facimus: tibi curam Reip. orbiſque mandamus.* Sueton. in *Auguſto cap* 94. *Quo natus eſt die, cum de Catilinæ conjuratione ageretur in curia, & Octavius ob uxoris puerperium tardiùs affuiſſet nota ac vulgata res eſt, P. Nigidium comperta moræ cauſa, ut horam quoque partus acceperit, affirmaſſe dominum terrarum orbi natum.*

Plura, quam neceſſe foret, fortaſſe cumulavi, ut oſtenderem, in re tam uſitata tamque communi omnium ſcriptorum conſuetudine, injuriâ reprehendi optimum Imperatorem; quæ, ut opinor, quibuſdam ſatietatem afferent, atque faſtidium. Ego autem, qui non ſum ſtomachi adeo delicati, in his non acquieſco: ſed longiùs progredior obſervando, quod Antoninus non dixit ſe eſſe mundi δεσπότην, ſed κύριον. In hoc, ut mihi 11
videtur, alterum ab altero differt, quòd illud proprie dominum ſignificat, cujuſmodi eſt dominus erga ſervos: hoc verò propriè ſignificat eum, qui auctoritatem ac poteſtatem habet, etiamſi verè ac propriè dominus non ſit. Lucian Nig. οἱ Ἀρκάδες ἐν ταῖς ἑστιάσεσιν ὑποδέχονται τοὺς δεσπότας καὶ τοὺς δούλους. *Arcades in conviviis dominos & ſervos recipiunt.* Dion *lib.* 57. de Tiberii benignitate & ſumma æquitate ante mortem Germanici. οὔτε γὰρ δεσπότην ἑαυτὸν τοῖς ἐλευθέροις, οὔτε αὐτοκράτορα πλὴν τοῖς στρατιώταις καλεῖν ἐφίει. *Neque dominum à liberis hominibus: neque Imperatorem, niſi à militibus, ſe vocari permittebat.* & paulo infra: καὶ πολλάκις γε ἔλεγεν, ὅτι δεσπότης μὲν τῶν δούλων, αὐτοκράτωρ δὲ τῶν στρατιωτῶν, τῶν δὲ λοιπῶν πρόκριτός εἰμι. *Sæpe dicebat, ſum quidem dominus ſervorum: militum Imperator: cæterorum vero Princeps.* Utrobique utitur verbo δεσπότης, non verò

κύριΘ. Ariſtid. in laudata oratione appoſite diſtinguit regem, & imperatorem ab hujuſmodi domino. Ait enim de legibus Perſarum: οὔπω γὰρ ἦν τότε καὶ ἀρχὴ τὸ δεσπόζειν δὴ τότε: ἀλλ' ἦν ἴσον βασιλεὺς καὶ δεσπότης. *Nondum Imperium à dominatu diſtinguebatur, nec differebat Rex à domino.* Utitur verbis δεσπόζειν & δεσπότης. Non ignoro, quod etiam aliquando more Perſarum Princeps dicitur δεσπότης, ut apud Lucianum Δεσπότης Ἄμμων. diſtinguitur tamen à verbo κύριος juxta propriam ſignificationem. Demonſthen. *pro Coron.* δεσπότης, ἡγεμὼν κύριος πάντων. *Dominus, dux poteſtatem habens omnium.* Illud refertur ad eos, qui ſerviunt: hoc ad eos, qui ſunt Imperio, ac poteſtati ſubjecti. Dicitur enim κύριος quaſi κῦρος ἔχων, hoc eſt, poteſtatem & auctoritatem habens. Ideoque κύριος eſt, qui ſummam poteſtatem habet, ut rectè animadvertit Budæus in *Comment. Ling. Græc.* Demoſth. *de falſ. legat.* τὴν βουλὴν ποιήσαντος τοῦ δήμου κυρίαν ἀποστεῖλαι τοὺς πρέσβεις τὴν ταχίστην. *Cum populus Senatui poteſtatem dediſſet quam citiſſime dimittendi legatos.* Polyb. *de Polit. Roman.* τιμωρίας κύριΘ ὁ δῆμος. *Pœnæ arbiter populus*: ſumma puniendi poteſtas penes populum. Demoſth. οἱ τὰ κύρια ἔχοντές ποτ' ἐστὶν ἐν ἑκάστῃ τῶν πόλεων. *Et quicumque ſummates in quacumque civitate poteſtatem habent.* Notat Budæus, etiam tutores κυρίους appellatos. Hoc amplius, quæ rata, firma ſunt & pollent auctoritate κύρια dicuntur: hinc κύριος νόμος, κυρία γνώμη, κυρία ἡμέρα, fixa, & præſtituta dies.

12 His probe conſtitutis, quid eſt, in quo reprehendi poſſit Antoninus? Numquid non habebat ſupremam in mundo auctoritatem, ac poteſtatem? Et hoc ſenſiſſe Antoninum perſpicue apparet: quemadmodum enim ſe ipſius mundi dominum vocat, ita & legem dominam maris: atqui lex non habet verum, propriumque maris dominium, ſed auctoritatem, ac poteſtatem diſponendi de rebus maritimis, quam ipſi tribuit legiſlator, qui ipſam condidit, ſanxitque & ſua auctoritate comprobavit. Scite Cic. *in orat. pro A. Cluentio*: *leges* ait *eſſe fundamentum libertatis.* & poſtmodum: *Legum denique idcircò omnes ſervi ſumus, ut liberi eſſe poſſimus.* Legis virtus eſt imperare, prohibere, permittere, punire, ut ait Celſus in *l. Legis virtus 7. ff. de Legib.* Imperio autem Legum obtemperare, vera libertas eſt. Hujuſcemodi Imperium ſibi arrogat Antoninus, cum ait ἐγὼ μὲν κόσμου κύριος. Haud aliter Alexander Magnus cum Anaxarchi de mundorum infinitate opinionem audiens flevit, & interrogantibus amicis, quid ipſi accidiſſet mali, reſpondit: οὐκ ἄξιον δακρύειν εἰ κόσμων ὄντων ἀπείρων ἑνὸς οὐδέπω κύριοι γεγόναμεν. *Annon flere convenit, quod cum infiniti ſint mundi, nondum unius domini facti ſumus?* Simile eſt igitur utrinque imperium regis, ac legis: neutrum, ut nos dominio ſubigat, cogatque ſervire, comparatum eſt, Sed ut nos regat, tueatur, ſaluti felicitatique noſtræ conſulat, atque provideat.

Quamvis autem apud Græcos nomen illud 13 κύριος ſit multo lenius, ac remiſſius, quàm apud Latinos *dominus*: tamen & apud Latinos ſæpenumero indicat ſolummodo præcipuam auctoritatem, poteſtatemque, non verum dominium. Cic. *lib. 1. in Verr. Interea comitia noſtra, quorum iſte, ſicut ceterorum hoc anno comitiorum, dominum eſſe arbitrabatur.* & *lib. 5. in Verr. ipſum Prætorem, quod tota Sicilia proſpexerit, redemptorem decumarum, atque adeo aratorum dominum, ac Regem fuiſſe.* Id. *lib. 3. de Legib. Senatus dominus publici conſilii.* Id. *pro Corn. Balb. Suî quemque juris retinendi, ac dimittendi eſſe dominum*: hoc eſt, habere facultatem, poteſtatemque. Id. *lib. 3. de offic. Una quædam virtus omnium domina & regina virtutum.* Et de animo: *eumque ut dominum, atque imperantem obedienti præfecit corpori.* Recte. Ait enim *pro A. Cluent. Mens, & animus & conſilium, & ſententia civitatis poſita eſt in legibus.* Ut corpora noſtra ſine mente, ſic civitas ſine lege, ſuis partibus, ut nervis ac ſanguine & membris, uti non poteſt. Sicut igitur animus dominatur in corpore, ut ipſum conſervet, ac regat, quo vigeat, creſcat, & omnibus muneribus corporis apte congruenterque fungatur: ita Princeps legeſque dominantur in civitate. Quocirca do-

Digitized by Google

minium Principis neque tollit dominium privatorum, neque ipſi obeſt, aut adverſatur, ſed tuetur, atque conſervat. Rectè Seneca *de Benefic. lib. 7. c. 4. Jure civili omnia regis ſunt: & tamen illa, quorum ad regem pertinet univerſa poſſeſſio, in ſingulos dominos deſcripta ſunt, & unaquæque res habet poſſeſſorem ſuum.* Subjicit deinde: *Ad regem enim poteſtas omnium pertinet, ad ſingulos proprietas.* Dominium regis conſiſtit in ſuprema illa poteſtate præcipiendi: cæterum verum dominium, videlicet jus perfectè diſponendi de rebus ſuis habent ipſi privati. Verbum enim *proprietas* apud Senecam non pro nuda proprietate eſt accipiendum, ſed pro pleno, perfectoque dominio, ut ſæpe accipitur in jure noſtro *l. qua ratione 9. §. item ſi 6. ff. de acquir. rer. dom. l. ſi procurator 13. ff. eod. & l. cum in corpus 36. in fin. eod.* Id. Senec. *Totus ager hujus aut illius Reip. eſt,&c. ideoque donare agros noſtros Reip. poſſumus, quamvis illius eſſe dicantur, quia aliter illius ſunt, aliter mei.* Et *c. 5. quemadmodum ſub optimo Rege omnia rex imperio poſſidet, ſinguli dominio* Copioſe admodum Dio. Chryſoſtom. *in Rhodiaca, pag. mihi 324. & ſeq.*

14 Neque hæc abhorrent à jure noſtro, in quo pluribus modis dominium dicitur. In *l. Pronuntiatio 195. §. familiæ ff. de V. S. Paterſam. appellatur, qui in domo dominium habet.* Dominium, hoc eſt, ſummam poteſtatem. Dominus enim à domo. Ennius apud Ciceronem: *O domus antiqua, quam diſpari domino dominaris?* Quare Lactant. *lib. 4. inſtit.* ait, dominum eumdem eſſe, qui & pater. Pater enim in domo ſupremam habet poteſtatem, & auctoritatem. Habebant etiam Romani dominium de jure quiritium, quod modis ſolemnibus acquirebatur,& dominium bonitarium, quod transferebatur ſimplici traditione. Qui erat dominus de jure quiritium, habebat ſummum, legitimum, perfectumque dominium: alter habebat rem in bonis, & ex ea commodum omne percipiebat. Quo pertinet illud Ciceronis in *epiſt. 30. lib. 7. Niſi haberem ſocium ſtudiorum meorum Atticum noſtrum, cujus quando proprium te eſſe ſcribis mancipio, & nexu; meum autem uſu, & fructu; contentus iſto ſum.* Id enim cujuſque eſt proprium, quo quiſque fruitur atque utitur. Et in *Epiſt. 29. Sum enim χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ Attici noſtri. Ergo fructus eſt tuus: mancipium illius.*

Verum & aliæ ſunt hujus vocis ſignifica- 15
tiones. In *l. in venditionem ff. de reb. aut. jud. poſſid.* appellatione domini fructuarius quoque continetur, & dominium uſusfructus dicitur in *l. 3. in fin. ff. ſi uſufr. pet.* & ſervitutes domini appellatione continentur *l. ſemper 15. §. ergo 8. ff. quod vi aut clam.* & dominium hæreditatis nominatur in *l. his verbis 42. in princ. ff de hered. inſtit.* dominium proprietatis in *l. acquiruntur §. 10. de iis & l. quod fructuarius 40. ff. de acquir. rer. dom.* Quid? quod etiam ille, qui in conviviis erat arbiter bibendi, ut vocatur ab Horatio, & modimperator dicebatur, quia modum ac normam bibendi præſcribebat, & imperabat, à Cic. *in Verr. in frumentaria* dominus dicitur. *In cubiculo ſolus, in convivio dominus.* Neque enim aſſentior Cujacio, qui putat hìc dominum dici, qui convivium exhibet, quod aliquando ſignificari non abnuo, ut Non. Marcell. affirmat. Verum hoc loco nihil leporis ac ſalis haberet. Qui in convivio Leges ponebat, rex ac dominus vocabatur. Horat. *lib. 1. od. 4.*

Nec regna vini ſortiere talis.

regem ac dominum junxit Mart. ut ſuprà:

Qui me reſpiciet regem, dominumque vocabo?

Apronius igitur in convivio erat dominus, rex, modimperator; Leges ponebat, quibus Verres ipſe obtemperabat. Id. Cic. *lib. 5. Iſte enim Prætor ſeverus, ac diligens, qui populi Romani legibus numquam paruiſſet, illis diligenter legibus, quæ in poculis ponebantur, obtemperabat.* De conviviis Verris paulo poſt: *Huc omnes mulieres, quibuſcum iſte conſueverat, conveniebant, quarum, incredibile eſt, quanta fuerit Syracuſis multitudo: huc homines digni iſtius amicitiâ, digni vitâ*

Digitized by Google

illa, conviviiſque conveniebant. Inter ejuſmodi viros, ac mulieres adulta ætate filius verſabatur: & reliqua, quæ ſequuntur. Sæpè autem ejuſmodi convivia exprobrat Verri Cicero. In his conviviis dominabatur Apronius, cui magiſterium Verres deferebat, non jactu talorum aſſequebatur. Cato apud Cic. *de Seneẞ. Me vero, & magiſteria delectant à majoribus inſtituta, & is ſermo, qui more majorum à ſummo magiſtro adhibetur in poculis.* Exprobrat igitur Verri familiaritatem, & quotidianam ac domeſticam Apronii hominis nequiſſimi conſuetudinem, qui ei adſidebat proximus in tribunali ad corrumpenda judicia, ſolus in cubiculo, ut cum eo de furtis, ac libidinibus conſultaret: dominus in convivio, ut leges conviviis poneret, magiſter, rex, dictator, ſtrategus, ut hunc vocat argutè Plautus. Scite autem opponit illa duo Cicero: *in cubiculo ſolus, in convivio dominus*: in cubiculo enim ſolus, ut ſecreto de rebus peſſimis colloqueretur: in convivio vero dominus, ut in illo ſtrepitu, & incondito clamore convivarum multitudini imperaret. Sed jam eo, unde digreſſi ſumus, revertamur. Idem Cicero judicem vocat dominum rei *lib. 2. de orat.* & judiciorum dominos *lib. 1. in Verr.* & dominos auctionum in *orat. pro P. Quinct.* omneſque alios, qui aliqua poteſtate præditi ſunt.

16 At Imperator Antoninus non habebat ſupremam poteſtatem in toto mundo. Huic argumento reſpondet Ariſtides in laudata oratione. *Quid? quod nihil vos effugit, non urbs, non gens, non portus, non locus ullus, niſi quem pro inutili habuiſtis.* Appian. in præfar. *In ſumma ut ſunt prudentes, contenti maritimis regionibus omnium optimis, malunt has excolere, quam Imperium in infinitum proferre ad gentes barbaras, inopem domi, & nil ſucci afferentes dominis. Quarum aliquod ego vidi in urbem legatos veniſſe, ut ſe, ſuoſque populares dederent: nec receptos ab Imperatore, ut ipſi inutiles, &c.* Græca prætermiſi, ne faſtidio ſim græcarum litterarum faſtidioſis. Galgacus ille Britannus apud Tacit. *in vita Agric.* in Romanos Britanniam bello laceſſentes acerbe invehitur. *Sed nulla jam ultra gens, nihil niſi fluctus, & ſaxa: & interiores Romani, quorum ſuperbiam fruſtra per obſequium & modeſtiam effugeris. Raptores orbis poſtquam cuncta vaſtantibus defuere terræ, & mare ſcrutantur: Si locuples hoſtis eſt, avari; ſi pauper, ambitioſi: quos non Oriens, non Occidens ſatiaverit &c. Interiores Romani*: verba hæc nemo fere approbat: omnes ea mutant, alii aliter. Ego nihil mutandum cenſeo. Ait enim, quod ultra Britanniam nulla gens, nihil niſi fluctus, & ſaxa: intra vero eſſe Romanos, qui non ſolum totum terrarum orbem occupaverant, ſed etiam magna ex parte Britanniam, & ut totam in poteſtatem redigerent, ſumma ope certabant. Supra dixerat: *nullæ ultra terræ, ac ne mare quidem ſecurum*, & deinceps: *nos terrarum ac libertatis extremos.* Ultra Britanniam & Oceanum nihil erat, quod in ditionem redigere poſſent, intra Oceanum omnia ſubegerant: ulteriora non poterant, quia non erant; interiora jam poſſidebant. Claudian. *1. in Eutrop.*

> — *Omne, quod ambit*
> *Oceanus, domui.*

& iterum

> *Nec ſtetit Oceano, remiſque ingreſſa profundum*
> *Vincendos alios quæſivit in orbe Britannos.*

In alio orbe ſitam Britanniam opinabantur. Virg. *eclog. 1.*

> — *& toto diviſos orbe Britannos.*

Utra Britanniam nihil eſſe. Eumenius Rhetor. *Ultra Oceanum vero quid erat præter Britanniam?* Imò ultra progredi non licere putabant. Id. *nulla progrediendi cauſa ſupereſt, niſi ſi (quod natura vetuit) fines ipſius quærantur Oceani.* Et Arrianus: Ἄλλα τοῖ δ' ἐμά-νῃ Θεῶν ἀνθρωπίσιν dixit, *alia loca fatali quadam Deorum potentia non fuiſſe inventa.*

Digitized by Google

Itaque Britanniam orbis terminum verè dicit Tacitus: ita etiam Catullus *ultimam Britanniam*, & Horatius *ultimos orbis Britannos*. Cenſenda enim & æſtimanda res eſt non ſecundùm notitiam, quam nunc habemus: ſed ſecundum eorum temporum opinionem.

17 His expoſitis, plana eſt & perſpicua, nullisque involuta difficultatibus legis ſententia. Naufragus Eudæmon direptus à publicani. Cycladum, contra direptores ſupplicat Imperatorem, eumque invocat, *Domine Rex*, κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε. Antoninus auditâ Eudæmonis prece reſpondit ſe dominum quidem eſſe, (refutavit nomen Regis, quod apud Romanos erat odioſum), ſcilicèt mundi dominum, hoc eſt, ſe obtinere poteſtatem, & imperium mundi. Hoc autem non dixit, ut ſe magnificè jactaret, ſed ut imperium, & poteſtatem ſuam cum lege partiretur, ac legi Rhodiæ communicaret, & rationem redderet, & cauſam afferret, cur preces ſupplicantis non exaudiret, nec in ea cauſa quicquam vellet decernere: nempè quia decidenda erat ex præſcriptione Legis Rhodiæ, quam in rebus maritimis obſervari volebat, ſicut etiam Auguſtus olim judicaverat. Viden ut ejuſmodi reſcriptum ſeu potiùs reſponſum ſit plenum moderationis, humanitatis, juſtitiæ? Imperium mundi, quod ipſe habebat, legi communicat. Quamvis ſit Imperator, ſibi non aſſerit auctoritatem decernendi, atque ne cauſæ quidem cognitionem. Facti rationem reddit ſupplicanti, comprobat eam exemplo & auctoritate Auguſti quem honorificentiſſimè θειότατον, diviniſſimum, appellat: qui titulus tum temporis non erat adeò uſitatus, quamvis poſteà gliſcente adulatione invaluerit, ut conſtat ex Evagrio *Lib.* 5. Euſebio *Hiſtor. Eccleſ. Lib.* 9. Socrat. *Lib.* 6. & aliis.

18 Species hujus legis deſumi poteſt à M. Tullio, qui in *Lib.* 2. *de inventione* hujuſmodi quæſtionem, cauſamque proponit. *Lex eſt apud Rhodios, ut ſi qua roſtrata in portu navis deprehenſa ſit, publicetur. Cùm magna in alto tempeſtas eſſet, vis ventorum invitis nautis Rhodium in portum navim coëgit. Quæſtor navim populi vocat. Navis dominus negat publicari oportere.* Et infrà: *Judicatio eſt. Cùm roſtratam navim in portu deprehenſam lex publicarit, cumque hæc navis invitis nautis vi tempeſtatis in portum conjecta ſit: oporteatne eam publicari?* En judicatio Eudæmonis. Legem hanc latam fuiſſe puto, poſtquàm Heraclides Tarentinus fraudulenter à Rhodiis in portum receptus, opem in bello contra Philippum ab illo ſperantibus, naves eorum incendit, ut narrat Polyæn. *lib.* 8. Sylla inſulas quaſdam Rhodiis 19
attribuit. Cic. *Lib.* 1. *epiſt.* 1. *ad Q. Fratr. Caunii nuper omnes ex inſulis, quæ erant à Sylla Rhodiis attributa, confugerunt ad ſenatum nobis ut potius vectigal quàm Rhodiis penderent.* At Dion Chryſoſt. *in Rhodiaca*, ait Caunios propter excedentem dementiam atque nequitiam duplici ſervitute oppreſſos non ſolùm Rhodiis, ſed etiam Romanis ſervire. Non eſt igitur, ut mihi videtur, ambigendum Caunios & inſulas Rhodiis attributas iiſdem legibus uſas fuiſſe. Illud veriſimile eſt pleraſquè etiam inſulas Aegæi maris, leges, & navalem diſciplinam Rhodiorum adſciviſſe: Rhodii enim imperium maris diu tenuerunt. Strabo *Lib.* 14. ἐθαλαττοκράτησε πολὺν χρόνον. *imperium maris diu tenuit.* Euſeb. *in Chron.* τέταρτοι ἐθαλασσοκράτησαν Ῥόδιοι κατὰ δὲ τινὰς πέμπτοι *Quarti maris imperium tenuerunt Rhodii, & ſecundum aliquos, quinti* Ariſtid. *in Rhodiaca* ἐπέκειντο δὲ τοῖς λιμέσι τὰ νεώρια ταῦτα καὶ οἷα ἦν ὅτε τῆς θαλάττης ἐκρατεῖτε. *Incumbentia verò portubus navalia, quanta & qualia fuerunt, cùm imperio maris potiebamini.* Dion. Chryſoſt. *in Rhodiaca orat.* 31. *in princ.* τοῦτο ἐποίησε τοὺς ὑμετέρους προγόνους ἅπασαν γῆν καὶ θάλατταν ἐμπλῆσαι τροπαίων. *Hoc in cauſa fuit cur majores veſtri omnem terram & mare trophæis impleverunt.* Et circa medium ὅτε Μιθριδάτης καθαιρεθεὶς οὐδ᾽ Ἀντίοχος οὐδ᾽ ἡ τῆς θαλάττης ἀρχὴ παραδοθεῖσα διὰ πολλῶν κινδύνων καὶ πόνων. *Neque devictus Mithridates, neque Antiochus, neque maris imperium per multa pericula laboreſque acquiſitum.*

Item celeberrimæ erant Rhodiorum leges, 20
& diſciplina navalis. Cic. *pro Lege Manil.*

Non

Non Rhodiorum, quorum uſque ad noſtram memoriam diſciplina navalis, & gloria remanſit. Strabo, *Lib.* 14. θαυμαστὴ δέ καὶ ἡ εὐνομία καὶ ἡ ἐπιμέλεια πρός τε τὴν ἄλλην πολιτείαν καὶ περὶ τὰ ναυτικὰ ἀφ' ἧς ἐθαλαττοκράτησε πολὺν χρόνον. *Admirabilis verò eſt legum conſtitutio & cura tum Reip. tum rei nautica, qua maris imperium obtinuit.* Dion *in Rhodiaca*: συνεχῶς τριήρεις πλεῖν οὐ μέχρι Κύπρου καὶ Κιλικίας, ἀλλ' ὅτι μέχρι εἰς Αἴγυπτον, ὅτε δὲ εἰς τὸν Εὔξεινον τὸ δὲ τελευταῖον ἐν αὐτῷ τῷ Ὠκεανῷ. *Aſſiduè triremis navigare non ſolùm uſque Cyprum & Ciliciam: ſed aliquando in Ægyptum, aliquandò in Euxinum, denique in ipſo etiam Oceano.* Ait autem Rhodios emiſiſſe aliquandò claſſem centum & complurium navium, & ruſum ſeptuaginta & aliarum triginta, atque has interdum non niſi poſt triennium aut quadriennium revertiſſe. Liv. *Lib.* 37. *Præſtabant Rhodiæ naves agilitate, & arte gubernatorum, & ſcientiâ remigum.* Ipſi etiam piratis mare purgarunt. Strabo: καὶ τὰ λῃστήρια καθεῖλε. Et ſervandorum hominum cauſâ longè à patria navigarunt, & in Hiſpaniam colonias deduxerunt, & Baleares inſulas condiderunt, ut refert idem Strabo. Quocirca & è mari natos fuiſſe fabulabantur, ut refert Diod. Sicul. *Lib.* 5. & Jovem aureum imbrem ſupra Rhodum effudiſſe & aureis nivibus urbem irrigaſſe, ut Hom. *Iliad. Lib.* 2. & Pindar. *Olymp. od.* 7. quorum meminit Ariſt. *in Rhodiaca* & alii non pauci. Nimirum navigatio, & mercatura, & potentia immenſas opes congeſſerunt. Propterea apud nonnullos Rhodii erant oppido invidioſi, ut monet Dion *in Rhodiaca.* Cùm igitur & legum præſtantia, & rei nauticæ ſcientia, & opulentia, ac potentia cæteris longè antecellerent Rhodii, vero ſimillimum eſt, non ſolum inſulas ipſis ſubjectas, ſed etiam pleraſque alias Ægei maris eorum leges & inſtituta ſervaſſe.

21 Finge jam, quod profectò non erit à veritate alienum, Eudæmonis navem jactatam tempeſtatibus & afflictam ad Cauni portum, vel aliquam inſulam, quæ Rhodiorum Lege regeretur, appuliſſe, publicanos autem navim, quam publicam factam fuiſſe contendebant, diripuiſſe Legis Rhodiæ prætextu: & Eudæmonem imploraſſe opem Antonini, eumque reſpondiſſe, rem hanc Lege Rhodiâ decidendam. Annon hæc omnia ſunt juſtitiæ conſentanea & juris ordini conveniunt? Atqui Lex Rhodia tantummodò de nave roſtrata ſcripta erat. Quid? an quiſquam vidit navem Eudæmonis, ut certò poſſit affirmare, eam non fuiſſe roſtratam, adeòque Lege Rhodia non fuiſſe comprehenſam? Scio, in minoribus navigiis roſtra imponi non conſuevisſe, ſed navibus longis. Hirt. *de bello Alexandr. c.* 44. *Vatinius cùm paucas in portu naves longas haberet, navibus actuariis, quarum numerus ſatis erat magnus, magnitudine quamquam non ſatis juſta ad præliandum, roſtra impoſuit.* Vitruv. *Lib.* 10. *Is aries habuerat de ferro duro roſtrum, ita ut naves longæ ſolent.* Rectè *ſolent*: Non enim omnes longæ naves habebant roſtrum æneum, aut ferreum, ſed illæ tantum, quæ ad bellum, & prælia conſtruebantur. Argumento eſt, quod thalamegi naves roſtris erant ornatæ. Eas enim θαλάμηγα χρυσόπρυμνα καὶ χρυσέμβολα, dicit Appianus *in Præfat. thalamegi auratis puppibus ac roſtris.* Thalamegos autem à navibus æratis diſtinguit Senec *de Benef. Lib.* 7. *c.* 20. imò has illis opponit. *Cui triremes, & æratas non mitterem, luſorias, & cubiculatas, & alia ludibria Regum in mari laſcivientium mittam. Triremes, & æratas beneficii rependendi cauſſa mittendas non eſſe Regi fero immanique, qui perniciem exitiumque populis earum ope ſit allaturus.* Hæ enim ad bellum paratæ erant. *Cubiculatas*, hoc eſt, thalamegos, quæ ad fovendam laſcivientis luxuriam ſunt ædificatæ, mitti quia nulli perniciem afferunt. Celeberrima eſt navis thalamegus à Ptolomæo Philopatore conſtructa, ut Nili navigatione luxuriaretur, quam concinnè copioſèque deſcribit Athen *Dipnoſ. Lib.* 5. & thalamegus Cleopatræ, in qua cum Cæſare luxuriabatur. Sueton. *in ejus vita c.* 52. *Cum qua & convivia in primam lucem ſæpe protraxit, & eadem nave thalamego penè Æthiopiâ tenus Ægyptum penetravit.* Igitur

Digitized by Google

naves roſtratæ quædam habebant roſtrum ære ferrove, ut plurimùm tricuſpide armatum, quo naves inimicas incurſu præcipiti foderent, ac ſcinderent, ac ſæpè ſubmergerent: atque hæ naves *æratæ* dicebantur. Aliæ habebant roſtrum neque ferro neque ære munitum, vel ornamenti causâ, vel ut faciliùs maris undas finderent, & mare ſulcarent. Scitè Virgil. 5. *Æneid.*

—— totumque dehiſcit
Convulſum remis, roſtriſque tridentibus æquor.

Lucan. *in Lib.* 3.

—— nam murmure vaſto
Impulſum roſtris ſonuit mare.

Id. Virgil. *Lib.* 1. *verſ.* 39.

Vela dabant læti, & ſpumas ſalis ære ruebant.

Sed hæc accuratiùs examinare non eſt hic locus. Plane Eudæmonis navem, quâ tam magnum iter in Italiam uſque conficiebat, roſtratam fuiſſe non dubito. Quid enim, ſi in piratas incidiſſet?

22 Nec illud quidem ambigendum puto, quin Lex Rhodiorum longiùs protracta fuerit atque producta uſu invaleſcente, & publicanorum audaciâ, & aviditate. Porrò Antoninus ad frænandam eorum improbitatem conſtituit in *L.* 1. *C. de naufrag. Si quando naufragio navis expulſa fuerit ad littus, vel ſi quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fiſcus meus ſeſe non interponat. Quod enim jus habeat fiſcus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosâ compendium ſectetur?* Hanc Legem Antonini eſſe, licèt aliter inſcribatur, rectè putant eruditi. Patet ex *l. ult. ff. de incendio, ruinâ, naufrag. Licere unicuique naufragium ſuum impunè colligere conſtat: idque Imperator Antoninus cum Divo Patre reſcripſit.* Vide, quò proceſſerat improbitas publicanorum. Rectè Juvenalis.

Res fiſci eſt, ubicumque natat.

Tacit. *Lib.* 13. *annal.* 50. *Eodem anno crebris populi flagitationibus immodeſtiam publicanorum arguentis, dubitavit Nero, an cuncta vectigalia tolleret: idque donum generi mortalium daret.* & paulò poſt: *Temperandas planè publicanorum cupidines, ne per tot annos ſine querela tolerata novis acerbitatibus ad invidiam verterent.* Subjicit hic edictum Imperatoris. Frequentes erant populorum querelæ ad Senatum contra publicanos. Cic. *ad Attic. lib.* 1. *Ep.* 15. *Cato, qui miſeros publicanos, quos habuit amantiſſimos ſui, tertium jam menſem vexat, neque à Senatu reſponſum dari patitur &c. quare etiam legationes rejectum iri puto.* Maximè contra Rhodios. De Cauniorum querelis Cicero ad *Q. Fratrem epiſt.* 1. *lib.* 1. cujus verba ſuprà attulimus. Liv. *lib.* 41. *Æquè miſerabilis legatio Lyciorum, qui crudelitatem Rhodiorum, quibus à L. Scipione attributi erant, querebantur: fuiſſe ſub ditione Antiochi: eam regiam ſervitutem collatam cum præſenti ſtatu præclaram libertatem viſam.* Caunii quoque aliquando à Rhodiis defecerunt, ſed judicio Romanorum iterum in ditionem redacti. Strabo, *lib.* 14.

CAPUT V.

Ad Eandem L.

SUMMARIUM.

1 *Expenditur V. Cl. emendatio.*
2 *Æthalia eſt Ilva inſula in Thuſco mari, ferri fodinis celebris. & n.* 3. 4.
5. *Contraria Ptolemæi & Strabonis loca explicantur.*
6 *Si legatur Æthalia pro Italia, diſtantia à Cycladibus augetur.*
7 *Æthalia non eſt Chios, neque Lemnos, & n.* 8.
9 *Prava conſuetudo diripiendi naves, ubi naufragium fecerunt.*
10 *Navis naufraga in oras longè diſſitas nonnunquam jactatur.*
11 *Idem jus habent Principes in gentes ac provincias ipſis ſubjectas, quod habebat olim Romanus Imperator in totum mundum, cui tunc dominabatur.*
12 *Lex auctoritatem habet à Principe, vel à populo, nihilque detrahit eorum dominio.*

SUperiori diſſertationi laciniam attexam. Hanc legem magni nominis Critici, ex ſuâ libidine quiſque corrigit. Singulas emen-

-dationes non perſequar : longum id eſſet, atque inutile : nam futiles ſunt ferè omnes. Illam tantùm attingam, de quâ Vir Clariſſimus gloriatur : & quidem non temerè : eſt enim digna viro doctiſſimo, & de juriſprudentiâ optimè merito. Exponit Eudæmon Antonino calamitatem ſuam : *naufragium in Italia facientes direpti ſumus à publicanis,*
1 *Cyclades inſulas habitantibus.* Qui fieri poteſt, ut hæc contingant in locis adeò diſtantibus, longèque ſejunctis? In hunc ſcopulum omnes impingunt, atque adeò naufragium faciunt. Optimè atque expeditiſſimè ſcopulum prætervehitur vir eruditiſſimus : pro *Italia* enim reponit *Æthaliam*. Cur hanc emendationem non probem omninò, in cauſa eſt, quòd & à legibus corrigendis ſum alieniſſimus : & quòd hæc mutatio, locorum diſtantiam auget, non minuit.

2 Æthalia inſula eſt Ilva in Thuſco mari ſita, ferri fodinis celeberrima. Plin. *Lib.* 3. *c.* 6. *Ilva cum ferri metallis à Græcis Æthalia dicta.* Strabo *Lib.* 5. *His multò vicinior continenti eſt Æthalia ad CCC. ſtadia inde, toti-*
3 *demque à Corſicâ diſtans.* Et paulò poſt : *Illud verò omninò inſolitum & ſingulare habet Æthalia, quòd cavitates, unde ſunt effoſſa metalla, rurſus tractu temporis replentur.* Multa alia ſubdit de Æthalia, quæ perſpicuè demonſtrant Ilvam eſſe.

Cùm effoſſa metalla aſſiduè renaſcantur, & ea nunquam exhauriantur, idcircò Virgil. *Lib.* 10. *Æneid.*

> *Aſt Ilva trecentos,*
> *Inſula inexhauſtis chalybum generoſa metallis.*

Verè *inexhauſtis* eum etiam poſt mille ſeptingentos annos adhuc effodiantur in maxima copia. Rutil. *in Itiner.*

> *Occurrit chalybum memorabilis Ilva metallis.*
> *Quâ nihil uberius Norica gleba tulit.*

Id. Strabo non multò poſt : *Ab omni regione inter Populonium & Piſas non obſcura conſpiciuntur inſulæ. Quarum tres oblongæ parallelis ferè lineis Noto Lybiæque obverſæ, earumque minima eſt Æthalia.* Diodor. Sicul. *Lib.* 5. *Nam ad oppidum Etruriæ, quod Populonium dicitur, Æthalia jacet, quæ à Lipara centum fermè ſtadia diſtat, quæ nomen accepit à copia fuliginis & favillæ.* Stephan. de Urb. *Æthale inſula Tyrrhenorum, auctore Hecatæo in Europa. Videtur autem ita appellata à ferro, quod in hac inſula conficitur. Philiſtus verò in lib.* 5. *rerum Sicularum, eam Æthaliam vocat, quemadmodùm etiam Herodianus, & Orus.* Ariſ- 4
totel. in *Mirabil. In Hetruria fertur quædam inſula Æthalia nuncupata : in quâ ex eodem metallo prius quidem æs effoſſum fuit, unde omnia vaſa ænea apud illos eſſe feruntur.* In ea enim continetur copioſè lapis, qui plurimùm ferri commixtum habet, quem ſcindunt ad ſtricturam & conflaturam ferri, &c. Negat hoc Strabo : *Vidimus etiam, ferrum ex Æthalia allatum, neque enim poteſt eâ in inſulâ in ſtricturam cogi, ſed ſimul ac effoſſum, perfertur in continentem.* Idem negat etiam Varro, ut refert Servius ad ſuperiorem Virgilii verſum : *Varro & aliud dicit, naſci quidem illic ferrum, ſed in ſtricturam non poſſe cogi, niſi tranſvectum in Populoniam Thuſciæ civitatem.* Ob penuriam lignorum arbitror id eveniſſe : nam & hodiè ob hanc cauſam in continentem tranſportatur. Cæterùm antiquitùs ibi fornaces fuiſſe ad ferri conflaturam non dubito, cùm ab illis inſula nomen acceperit, ut innuit Diodorus. Ab αἴθω enim αἰθάλω, αἰθαλόω quod ſignificat *ardeo, comburo,* appellata fuit *Æthalia* ob fornaces, in quibus ferrum cogebatur in ſtricturam. Sed creſcente uſu ejus metalli, & ſylvis paulatim exciſis neceſſe fuit aliò ferrum transferre excoquendum, conflandumque. In Æthalia ſive Ilva erat portus, qui à navi Argo dicebatur Argous. Diodor. *lib.* 5. *de Argonautis* : *Circa Etruriam navigantes, in inſulam, quæ vocatur Æthalia, delati, portum in eâ pulcherrimum omnium, qui illis locis ſunt, Argoum à navi Argo nuncuparunt, quod nomen ad hanc uſque diem retinet.* Nunc à ferro vocatur Portus Ferrarius, ſicut Ilva dicitur *Elba*, quo nomine etiam à Gregorio Mag-

no fuit appellata. *lib. 3. Dial. cap. 11.*

5 Non ignoro Ptolemæum, & Strabonem Æthaliam ab Ilva diſtinguere. Ille inſulas Thyrrheni maris recenſet Gorgonem, Æthalem, Caprariam, & Ilvam. Hic lib. 2. πρόκειται δ' Αἰθαλία τε καὶ Πλανασία καὶ Ἰλούα. *Ad continentem verò ſitæ Æthalia, & Planaſia, & Ilva.* Quod ad primum attinet, doctiſſimus Salmaſius obſervat Ptolemæum non ſemel loca vel urbes duplicare, quoties earum nomen latinum diſcrepat à Græco. Solinus: *Clypeam civitatem Siculi extruunt & Aſpida nominant.* Ptolemæus autem ex una duas fecit, Clypeam, & Aſpida Κλυπαία, Ἑρμαία, ἄκρα, Ἀσπίς. Ita pariter Pithecuſam, & Ænariam tamquam differentes inſulas recenſet, cum tamen utraque eadem ſit, à ſimiis appellata tum latinè, tum Græcè. Sic etiam Æthaliam & Ilvam quaſi diverſas inſulas recenſuit, cum tamen eadem ſit Æthalia græcè, latinè Ilva nominata: quod nomen à Græco ſcite deducit idem Salmaſius. Quod ad Strabonem autem, doctiſſimus Caſaubonus notat, in quatuor antiquis codicibus manuſcriptis non reperiri verba illa, καὶ Ἰλούα, adtòque adjecta fuiſſe ab aliquo, qui in Ptolomæo legerat has duas inſulas, quaſi diverſas. Nec aliter ſe res habere poteſt: non ſolùm enim ab omnibus ſcriptoribus eadem cenſetur, ſed etiam ab ipſo Strabone, qui ubi deſcribit Æthaliam, ut in libro quinto, ei tribuit omnia, quæ ſingulariter conveniunt Ilvæ. Præterquàm quod hæc inſula Æthalia ab Ilva diſtincta in mari Thyrrheno nuſquam reperitur.

6 Sed utcumque ſit, quod ad rem noſtram pertinet, nihil omninò refert, utrum duæ ſint inſulæ ſeparatæ, an verò una tantummodò. Etenim cùm præter omnes alios ſcriptores, etiam Ptolemæus & Strabo Æthaliam recenſeant inter inſulas Etruriæ adjacentes, illud conſequens eſt, Eudæmonem naufragium in Italia feciſſe: & ſi legamus Æthaliam pro Italia, augeri, non minui locorum diſtantiam. Quoniam ſi ad Rhegium, ad Scyllæum oppidum, ad Zephyrium promontorium, vel aliquod aliud eorum, quæ ſunt in extremo Italiæ margine, ut Leucopetra, & Canys, & alia, naufragium factum fuiſſe fingamus, multò propiùs ad Cycladas factum erit, quam ſi in inſula Æthalia.

7 At enim Plinius etiam Chium inter Leſbum & Samum ſitam nuncupari Æthaliam refert *lib. 5. c. 3.* cujus auctoritate movetur V. Cl. Ego contrà adduci non poſſum, ut credam, Eudæmonem de Chio ſenſiſſe. Neque tanti eſt, ut me moveat Plinii auctoritas. Primùm quia Plinius non ait Chium vocari Æthaliam, ſed quod Ephorus priſco nomine ſic eam appellavit. Verba Plinii: *Chios libera, quam Æthaliam Ephorus priſco nomine appellat.* Non vocabatur Æthalia, Plinii ætate, ſed Chios vel à Chione Nympha, vel à nivibus, quibus montes ad Boream & occidentem operiuntur. Stephan. *de Urb.* ἐν δὲ πόλις Χίος ἀπὸ Χίου τῆς Ὠκεανοῦ, ἢ ἀπὸ τῆς χιόνος τῆς ἐκεῖ γιγνομένης πολλῆς, ἢ ἀπὸ Νύμφης τῆς Χιόνης. *Ineſt autem Chios urbs à Chio Oceani filia, vel à nive, quæ ibi copioſè dècidit; vel a Nympha Chione.* Cur Æthalia dici deberet, nulla ratio eſt, cum ibi neque metalla effodiantur, neque fornacibus ignis anhelet, ut ait poëta. Singulariter igitur eam ita appellavit Ephorus, & quidem priſco nomine, non uſitato: rectene, an ſecùs, non exquiro. Porrò Æthaliæ 8
nomine Lemnum potiùs ſignificari crederem: quæ non longè diſtat à Cycladibus, & Æthalia nominabatur etiam ætate Polybii, teſte Stephano, cui nomen hoc maximè conveniebat ob Vulcani officinas, ut in Etymol. Magno in verbo Αἰθάλη. Certè hoc nomen Chio minus convenit: & Ephorus etſi fuerit præclarus hiſtoricus, tamen ſæpè numero à Strabone reprehenditur, quod interdum à vero aberret, interdum fabulas intermiſceat, interdum fingat abſurda. Sed Ephori exiſtimationi nihil detractum volo. Fortaſſe Chion Æthaliam vocavit, quia Glaucus Chius ferrum inationem invenit excellens ferri fabricator: de quo Herodotus *lib.* 1. Athenæus *lib.* 5. Pauſan. *in Phoci.* Licèt Stephanus cum Samium fuiſſe dicat. Qui etiam Ephoro videtur aſſentiri. Δύναται τὸ Αἰθαλίτης ἀπὸ τοῦ Χίου, οὕτω γὰρ ἡ Χίος ἐλέγετο. *Poteſt etiam Æthalita ſumi pro Chio: ita enim Chios dicebatur.* Verumtamen credimuſne, Navarchum tam erudi-

tum fuiſſe & gnarum antiquitatis, ut ſciverit Chion Æthaliam fuiſſe appellatam ab Ephoro, qui ſexcentis ferè annis antè floruerat? Fac ſciviſſe. Quid eſt, cur locum Imperatori deſignaturus, ubi naufragium fecerat, inuſitatum nomen ejus indagaverit; tritum, & commune reliquerit? Ecquis tam fatuus, qui, ut exponat Imperatori, ſe Rhodi feciſſe naufragium, dicat ſe apud Æthræam, vel Telchinem, vel Pontiam, vel Pelagiam, vel Trinacriam, vel Aſteriam naufragium feciſſe, licet his nominibus Rhodus à Scriptoribus nuncupetur? Præterea cum Ilva Romanis notiſſima, & in eorum ferè conſpectu ſita, Græcè Æthalia diceretur (quod Græcus nauclerus ſive piraticam, ſive mercaturam exerceret, utique ſcire debebat) ſtultus planè fuit ſi Æthaliam pro Chio nominavit, quo nomine in errorem facilè induci potuit Imperator, putans eum de Ilva, non de Chio loqui, quemadmodum quilibet putaverit de Sicilia loqui, non de Rhodo eum, qui Trinacriam nominaverit. Erat quidem & Chios tum propter vina, quæ Romam advehebantur, celebratiſſima, tum propter marmora, ſed hæc omnia Chia dicebantur: nomen Æthaliæ incognitum prætèrquàm ad notandam Ilvam. Quis credat igitur, tam fatuum fuiſſe Eudæmonem, ut recondito ac retruſo nomine uteretur in expoſitione ſuæ calamitatis, relicto nomine uſitato, ne ab Imperatore intelligeretur? Eſt-ne hoc ſani hominis?

9 Denique veriſimile eſt, Eudæmonem expoſuiſſe Imperatori naufragium in Italia factum, tum ad excitandam commiſerationem, tum ad exaggerandam iniquitatem publicanorum, qui diripuerant naufragos, qui tam longè à Cycladibus naufragium fecerant. Licèt enim alicubi invaluiſſet prava conſuetudo diripiendi naves, quæ naufragium fecerant, ut conſtat ex ejuſdem Antonini conſtitutione, de quâ ſupra; tamen id fortaſſe obſervabatur, cum ibi navis naufragium fecerat, & ad litus expulſa fuerat vel ipſa navis, vel merces, & armamenta: non autem cùm in longinquâ regione facto naufragio ſalva navis ad aliquam inſulam aut portum appulſa erat, ut in *l. navis 6. ff. de lege Rhod.*

Enimverò non intelligo, cur tantoperè
laborandum ſit, ut Italiæ nomen expunga- 10
mus. Sunt quidem longè remota à Cycladibus Italiæ litora: ſed nonnumquam accidit, navim naufragam in oras longè diſſitas tempeſtate jactari. Neque enim ſemper navis ipſa demergitur, & fluctibus abſorbetur. Scinduntur vela, franguntur antennæ, vadis ipſa navis illiditur: poſtmodùm verò vel jactis in mare mercibus levata, vel aquarum impetu fluctuque decumano ſublevata, ſcopulis vadiſque detruditur, & in longinquas regiones undis jactata, vel etiam curſu tranquillo ſedata tempeſtate defertur, cujuſmodi caſus proponitur à Juliano in *l. navis 6. ff. de leg. Rhod.* Ejuſmodi tempeſtatem, qua nulla ſævior, ac vehementior, deſcribit Virgilius in primo divini operis:

Talia jactanti ſtridens aquilone procellà
Velum adverſa ferit, fluctuſque ad ſidera
tollit
Franguntur remi, tum prora avertit, &
undis
Dat latus, &c.
Tres notus abreptas in ſaxa latentia tor-
quet, &c.
—tres Eurus ab alto
In brevia, & ſyrtes urget (miſerabile vi-
ſu!)
Illiditque vadis, atque aggere cingit arena.

Quid tum? evolutæ, & fluctibus illinc detruſæ in portum Carthaginis ejiciuntur.

Cymothoe, ſimul & Triton adnixus, acuto
Detrudunt naves ſcopulo, levat ipſe tridenti
Et vaſtas aperit ſyrtes, & temperat æquor.

Scite notat hîc Nannius quod τειτῶν eſt fluctus maris; Cymothoe, aquarum impetus, id enim græcè ſignificant hæc nomina; Neptunus autem eſt ipſum mare. Eleganter autem & more poëtico fingit, à Deo liberatam fuiſſe claſſem Æneæ, quam à Deo finxerat fuiſſe vexatam. Vide reliqua, totamque deſcriptionem, quæ modum excedit admiratio-

nis humanæ. Hoc tantùm intereſt inter naufragium Æneæ, & naufragium Eudæmonis, quod ille à Carthaginenſibus fuit humaniter exceptus; hic à Cycladum incolis crudeliter direptus.

Pro coronide ut omne ſcrupulum evellam, alia duo leviter attingam, quæ nonnullos torquent interpretes. Quidam enim verentur, ne hac lege aliis Principibus imperium & dominium adimatur, quod in univerſum hîc Imperatori tribuitur, & avellatur imperium maris, quod hîc legi conceditur.

11 Utrumque eſt ineptiſſimum. Veteres interpretes nimiò plus ſuaves exiſtimarunt dominium mundi penes Imperatorem ad hoc ævi manſiſſe. Abſurde plane. Imperator Romanus erat olim dominus mundi, quem poſſidebat, & ditione tenebat. Populus Romanus erat dominus omnium gentium; earum ſcilicet, quas armis, belloque ſubegerat, vel timore Romanæ potentiæ perculſas, vel publica ductas utilitate, vel amicitia illectas ſub imperium ditionemque ſubjunxerat. Sic Imperator hoc tempore dominus eſt earum gentium, quæ ſunt ejus poteſtati, imperioque ſubjectæ, earum provinciarum, quas poſſidet, quibus imperat. Quam minimam autem partem imperii Romani poſſidet? Haud aliter alii Reges, Principes, populi ſunt domini earum gentium, ac provinciarum, quæ ſunt eorum ditioni, poteſtatique ſubjectæ. Eâdem enim arte, iiſdemque modis eas acquiſiverunt, quibus Populus Romanus imperium mundi adeptus fuit. Nulla igitur ratio poteſt excogitari, cur ille fuerit dominus mundi, quem fuit adeptus, hi non ſint domini provinciarum, quas ſimiliter adepti fuerunt.

12 Lex itidem non adimit populo vel Principi dominium maris: (ſiquidem ipſi competat: eſt enim de hoc inter doctos magna contentio, quæ non eſt hujus loci) qua eatenus Lex domina maris dicitur, quatenus maritimas controverſias decidit, & quæ in mari acciderunt, Lege judicari debent & juxta præſcriptum ejus, & juſſa definiri. Harmenop. *lib. 2. c. 11. Nautica omnia & quæ in mari accidunt controverſiæ, Lege Rhodia deciduntur, & ſecundum Leges Rhodias diſceptantur ac judicantur.* Quamobrem Imperator, ut dixit, Legem eſſe maris dominam, ſtatim ſubdit: *Lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis perſcripta eſt, judicetur.* Benè, ut ſemper, Cicero in *primo de Legib. Lex eſt, quæ ſcripto ſancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando.* Idem docet Modeſtinus *in l. Legis 7. ff. de Legib. Legis virtus eſt imperare, vetare, permittere, punire.* Hoc eſt imperium Legis, hæc poteſtas, hoc dominium, quod nihil detrahit dominio poteſtatique Principis, aut populi. Undè enim habet hanc auctoritatem Lex, & poteſtatem, niſi à populo vel Principe, qui eam condidit, aut ab aliis conditam recepit, & juſſit obſervari. *l. de quibus* §. 1. *ff. de Legib. Nam cum ipſe Leges nulla alia ex cauſâ nos teneant, quàm quod judicio populi receptæ ſunt.* Auct. ad Heren. *lib. 2. Lege jus eſt quod populi juſſu ſancitum eſt.* Ergo Legis juſſum, Legis imperium, eſt juſſum & imperium populi vel Principis Legiſlatoris: nam Lex ipſa per ſe nullam vim habet & auctoritatem imperandi, aut vetandi, niſi eam ipſi Legiſlator impertiatur. *Magiſtratum Legem eſſe loquentem, legem autem mutum Magiſtratum:* dixit Cicero 3. *de legib. in princ.* Sicut igitur Lex loquens nihil derogat de auctoritate, & imperio Principis, quia omnem auctoritatem habet à Principe; ita & Lex muta. Amplius ſine imperio Legis nec hominum univerſum genus, nec domus ulla, nec civitas, nec gens ſtare, nec rerum natura omnis, nec ipſe mundus poteſt, ut Ibidem docet idem Cicero. Quocirca ſicut Lex, quæ de omnibus aliis rebus diſponit, & omnia regit, ac temperat, nihil detrahit de imperio Principis, ita multo minus, quæ de rebus nauticis tantummodo præſcribit. Idcirco ſubjicit Antoninus: *quatenus nulla ei noſtrarum Legum adverſatur.* Recepta enim & approbata fuit à Romanis Lex Rhodia in his tantum, quæ non adverſabantur eorum Legibus. Accepit igitur auctoritatem à confirmatione, & approbatione populi, & Imperatoris, qui eam partim abrogavit, partim confirmavit, quemadmodum Legem Hie-

Digitized by Google

ronicam, Rupiliam, Semproniam, & alias, de quibus Cicero in Verrem.

CAPUT VI.

Ad princ. tit. Inſt. de juſt. & jur.

SUMMARIUM.

1 *Vulgaris diviſio juſtitiæ in diſtributivam, & commutativam*
2 *Rectior diviſio Ariſtotelis.*
3 *Proportio arithmetica & geometrica.*
4 *Juſtitiam diſtributivam ſervare proportionem geometricam, poteſt admitti. Emendatrix juſtitia non ſemper ſervat arithmeticam.*
5 *In contractibus ſervat proportionem arithmeticam, quoad perſonas contrahentium.*
6 *Geometricam quoad res, quæ in contractum deducuntur.*
7 *Exempla.*
8 *Idem eſt in ultimis voluntatibus.*
9 *Et in aliis quamplurimis.*

1 INterpretes fere omnes juſtitiam dividunt in diſtributivam, & commutativam juxta ſententiam Ariſtotelis: ac diſtributivam eſſe definiunt eam, quæ diſtribuit pœnas, & præmia ſervatâ geometricâ proportione: commutativam, quæ in commutationibus, & commerciis verſatur, in quibus tribuit cuique ſuum ſecundum proportionem arithmeticam. Sed pauci admodum Philoſophi mentem ſunt aſſecuti: nemo deſcriptè, & electè explicavit: ego diſtinctius, & explicatius conabor enucleare.

2 Ariſtoteles igitur *lib. 5. Ethicor. cap. 5.* juſtitiam particularem dividit in duas partes: in eam, quæ verſatur in diſtributione præmiorum, honorum, pecuniæ, & aliarum rerum, quæ diſtribui debent inter eos, qui ſunt ejuſdem reip. & eam, quæ in rebus contrahendis recta præcipit, pravaque corrigit, æquat inæqualia. Hanc emendatricem, illam diſtributricem poſſumus appellare: noſtri diſtributivam, & commutativam dicunt. In hoc autem à ſententia Philoſophi recedunt, quod ad juſtitiam diſtributricem referunt etiam pœnas, cum eas Ariſtoteles referat ad emendatricem. Ait enim hujus juſtitiæ duas eſſe partes, quia vel à volentibus, vel ab invitis contrahitur. Primi generis eſſe ait contractus, veluti emptionem, mutuum, fidejuſſionem, & cæteros. Secundi generis delicta, veluti furtum, adulterium, lenocinium, & reliqua ejuſmodi.

Juſtitiam diſtributricem in diſtributione præmiorum ait obſervare proportionem Geometricam, quia ea diſtribuit pro conditione, ac dignitate civis bene meriti. Contra vero juſtitiam emendatricem obſervare proportionem arithmeticam poſthabita conditione, ac dignitate perſonarum. Proportio 3 enim arithmetica dicitur cum pari exceſſu, altera, alteram quantitatem ſuperat; ita ut æqualibus ſemper intervallis inter ſe diſtent; progreditur enim ſemper per incrementa æqualia: ut recte definit Pappus Alexandrinus *Mathemat. Collect. lib. 3. poſt Propoſ. 4.* Geometrica vero proportio eſt, cum exceſſus eadem ratione ſuperat exceſſum, qua quantitas quantitatem, ita ut eo majori intervallo altera diſtet ab altera, quo altera major eſt. Exemplum eſto. In proportione arithmetica 4. 6. 8. 10. 12. qui omnes pari exceſſu ſe ſuperant, nempe binario, & paribus inter ſe diſtant intervallis. In proportione geometrica 4. 8. 16. 32. 64. in quibus numeri alter alterum ſuperant eadem ſui parte, nempe dimidia: & tanto major eſt exceſſus, quanto major eſt quantitas: nam exceſſus ſecundi ſupra primum eſt 4. & tertii ſupra ſecundum eſt 8. quarti eſt 16. atque ita deinceps auctâ quantitate tantumdem augetur exceſſus, & incrementum.

Quantum autem attinet ad Ariſtotelis & 4 interpretum noſtrorum ſententiam, admitti poteſt, juſtitiam diſtributricem ſervare proportionem Geometricam: etſi enim hoc veritati non ſit omnino conſentaneum, ab ea tamen non eſt prorſus alienum. In diſtribuendis enim præmiis, & honoribus habet rationem perſonarum, & qui dignior eſt, & excellentior, majoribus præmiis, & honoribus eſt afficiendus Sed quis poteſt hæc tam exacte metiri, ut dici poſſit, ſervari proportionem Geometricam? Aut quæ poteſt

Digitized by Google

inveniri menſura dignitatis, & excellentiæ, ut cum ea poſſit comparari menſura præmiorum? Hæc menſura ſolummodo certa eſt in quantitate, & ideo ſolum in quantitate conſiſtit hæc proportio, ut recte definit Euclides in *lib.* 5. In actionibus, in honoribus, in conditione perſonarum nulla certa menſura reperiri poteſt, & ideo ad hæc proportio nequit accommodari. Apparent igitur in hac juſtitiæ parte potius quædam veſtigia, & adumbratio Geometricæ proportionis, quàm ipſa proportio.

Altera vero juſtitiæ pars neque ſemper arithmeticam proportionem ſervat: neque eo modo, quo id noſtri interpretes acceperunt. Primùm autem in delictis non ſervari proportionem arithmeticam, exploratiſſimum eſt; cum in pœnis irrogandis maximè conditio perſonarum attendatur: ut conſtat ex *l.* 1. *in fin. & l. pœn. ff. ad Leg. Corn. de ſicar.* ex *l. aut facta* 16. *§. perſona* ex *l. ex ſervorum* 10. *in princ.* ex *l. capitalium* 28. *§. non omnes ff. de pœn.* ex *l. ult. ff. de injur.* ex *l. Pedius* §. 1 *ff. de incend. ruin. naufrag. l. Prætor edixit* 7. *§. præterea ff. de injur.* Itaque rectius interpretes noſtri hæc referunt ad eam juſtitiæ partem, quæ ſervat proportionem geometricam, habita ratione perſonarum.

Præterea nec in contractibus quidem atque commerciis, poſthabita ſemper conditione perſonarum, omnes pari jure cenſentur. Annon enim pupilli contrahendo non obligantur, licèt obligentur illi, qui cum ipſis contrahunt? *L. Julianus* 13. *§. ſi quis à pupillo* 19. *ff. de act. empt.* §. 1. *& ſeqq. inſtit. tit. de auctor. tutor.* Annon minores ratione ætatis in integrum reſtituuntur? *l.* 1. *ff.* 1. *l. minoribus l.* 1. § 1. *l. ait prætor & toto tit. ff. de minor.* Annon pupillis & minoribus alienationes non obſunt, ſicut majoribus §. 1. *inſtit. tit. quib. alien. lic. vel non. l.* 1. *& tot. tit. ff. de reb. eor.* Spectatur perſona mulierum in interceſſionibus *l.* 1. *&* 2. *& tot. tit. ff. ad S. C. Vellejanum.* Perſona filiorum fam. in mutuo *l.* 1. *& tot. tit. ff. de S. C. Macedon.* Perſona mariti cum de dote convenitur *L. maritum* 12. *cum ſeq. ff. ſol. matrim.* Perſona parentis & patroni. *L. ſunt qui* 16. *& ſeq. ff. de re judic.* §. *ſed etſi quis* 38. *inſtit. tit. de act.* Perſona ſocii *d.* §. *& l. verum* 63. *ff. pro ſoc.* Perſona filii emancipati, vel exhæredati vel abſtinentis ab hæredirate paterna *l.* 2. *ff. quod cum eo qui, &c.* Perſona militum in condendis teſtamentis *tot. tit. inſtit. & ff. & C. de milit. teſtam.* Perſona parentum & liberorum *l. hac conſultiſſima §. ex imperfecto C. de teſtam. ordin.* Quid? quod alimenta ex dignitate perſonæ ſtatuantur. *L. ſi cui* 14. *ff. de ann. leg. l.* 1. *§. mulier* 19. *l. habitatio* 4. *ff. de ventr. in poſſ. mitt. l. ſed etſi quid* 15. *§. ſufficienter ff. de uſufr.* Dos conſtituitur pro dignitate mulieris ac mariti. *l. quæro l. cum poſt.* 70. *§. gener & §. nuptiis ff. de jure dot.* Sunt & alia quamplurima in jure noſtro ſpecialiter conſtituta ſpectata conditione perſonæ; quocirca non omnibus idem tribuit juſtitia commutativa.

Sed his etiam inſuper habitis, in iis quo- 5
que, quæ generaliter à jure in univerſum ſanciuntur, poſthabita ratione perſonarum, non omnimodis arithmetica proportio ſervatur. Sed ita diſtinguendum eſt. Aut juſtitia conſideratur quoad meritum, dignitatem, & conditionem contrahentium, & tunc ſervat proportionem arithmeticam: æqualia enim omnibus tribuit, nec habet rationem perſonarum. Tantidem enim emit, aut conducit princeps, & ſubditus; nobilis, & ignobilis; dives, & pauper; bonus, & malus eodem modo, eodemque vinculo hi omnes adſtringuntur contrahendo, & obligantur. Et ita eſt interpretandus Ariſtoteles: ait enim *capite* 7. *Jus autem, quod in contractibus verſatur, eſt illud quidem æquale quiddam, & injuria inæquale: verum non illa proportione, ſed arithmeticâ: nihil enim refert, utrum vir bonus malum hominem fraudarit, aut malus homo virum bonum.*

Aut conſideratur quoad res, quæ in con- 6
tractum & obligationem deducuntur, quæ in commercio habentur, & tunc proportionem geometricam ſervat, & ſi aliter obſervaretur, id eſſet iniquiſſimum. Sed animadvertendum eſt, quod hæc proportio non po-

teſt

Digitized by Google

teſt locum habere, niſi in his contractibus, & commutationibus, in quibus aliquid hinc inde datur, & accipitur: nam omnis proportio ſaltem in quatuor terminis conſiſtit, ut ait idem Ariſtot. *d. lib. 5. cap. 6.* Itaque neceſſe eſt, ut duæ ſint perſonæ, duæque res, de quibus contrahitur. Quamobrem in ſtipulatione, in donatione, in depoſito, in commodato, in mandato, quæ gratuita ſunt, nec geometrica, nec arithmetica proportio in ipſis rebus locum habere poteſt. In aliis autem omnibus contractibus, detractionibus, diviſionibus, in quibus aliquid hinc inde datur, & accipitur, vel retinetur, geometrica proportio ſervetur. Exemplis id explicemus.

7 In ſocietate geometricam ſervari proportionem, compertum eſt, & exploratum. Lucrum enim & damnum inter ſocios dividuntur pro rata portione ejus, quod quiſque contulit in ſocietatem. *l. ſi ſocietatem 6. l. ſi non fuerint 29. l. quid enim 81. §. 1. ff. pro ſoc.* Ac propterea ſi alter contulerit quadringenta, alter centum; ille quatuor partes lucri, hic unicam tantum ferre debet: eſt autem proportio geometrica inter hos numeros 4. 1. 400. 100. Quod ſi quis utrique æquales lucri partes aſſignaret, diviſio eſſet injuſtiſſima, & jure poſſet retractari, *l. quid enim 81. ff. pro ſoc.* Adeo ut nec pactum quidem valeat *l. ſi non fuerint 29. ff. pro ſoc.* Neque hoc eſt ſingulare in ſocietate, ut noſtri arbitrantur, ſed commune omnium contractuum, & ultimarum voluntatum. Nam & in emptione, & venditione ſi creſcat, aut decreſcat menſura rei venditæ, pretium quoque augeri aut minui debet pro rata portione menſuræ, ac bonitatis *l. ſi ſervum 4. §. ſi modus ff. de action. empti. l. qui fundum 40. §. qui agrum ff. de contrah. empt. l. qui fundum 48. ff. de eviction.* Idem ſi pars evincatur *l. ex mille 64. ff. de eviction.* Nec aliter fieri poteſt ad ſervandam æqualitatem inter emptorem, & venditorem. An enim ſervaret æqualitem, ſi quis cum triginta denariis vendidiſſet decem ulnas panni, alias quinque ulnas ejuſdem panni vellet vendere denariis viginti quinque? Et tamen hi numeri 10. 5. 30. 25. ſunt in proportione arithmetica. An ille, qui cum mille aureis vendiderit centum jugera, ſi emptori decem jugera fuerint evicta, velit reficere tantummodo decem aureos, quia 90. 100. 990. 1000. ſunt in proportione arithmetica? Utique hic debet reficere centum aureos *d. l. qui fundum ff. de evict.* quia 90. 100. 900. 1000. ſunt in proportione geometrica; nam uterque decima ſui parte alterum ſuperat. Haud aliter alter debet vendere quinque ulnas quindecim denariis, quia 5. 15. 10. 30. geometricè ſunt proportionales, cum alter alterius ſit tertia pars. Atque hæc confeſſa ſunt, & manifeſta.

Idem prorſus uſu venit in locatione, & conductione, in qua merces, & ſalarium tum conſtituitur, tum remittitur pro rata temporis, laboris, operarum. *l. Sejo amico 10. in princ. ff. de ann. legat. l. Si quis domum 8. §. 1. l. cum venderem. 11. l. ſi merces §. ſi vicino l. qui inſulam 30. in princ. & in §. 1. l. ſi uno 15. a ſiis. l. ex conducto §. ubicumque & l. ſed adde 19. §. ſi quis cum in annum ff. locat.* Itaque ſi tertia pars operæ præſtetur, tertia pars mercedis debetur *d. l. Sejo amico.* Si conductor tertia parte temporis conventi fruatur, tertiam partem mercedis perſolvit ex laudatis *LL.* atque ita ſemper juxta proportionem.

Nec aliter obſervatur in reſcindenda tum emptione, & venditione, tum etiam locatione. Cum enim in *l. 2. & 8. C. de reſcind. vendit.* præſcribatur quota pars juſti pretii, ſupra quam læſus poteſt agere ad reſcindendam venditionem, hoc fieri non poteſt, niſi ſervatâ geometricâ proportione. Sicut enim venditor, qui vendit minus quam quinque id, quod decem conſtat, beneficio legis uti poteſt: ita, & qui vendit minus quàm viginti, quod conſtat quadraginta: uterque enim minus quam dimidium juſti pretii conſequitur. Atqui 40. 20. 10. 5. ſunt in proportione geometrica, in qua ſemper eſt totum ad ſui dimidium, aut quamcumque ratam, & quotam ſui partem. Itaque quotieſcumque lex præſcribit quotam, & ratam quamlibet partem, ſemper neceſſario uten-

Digitized by Google

dum eſt proportione geometrica. Quodlibet enim totum ad eamdem ſui ipſius partem habet eamdem rationem.

Ad mutuum, ut diximus, nulla proportio pertinet, cum in re, quæ mutuo datur, ſolummodo conſiſtat, & ſolummodo mutuatarius obligetur ad tantumdem reſtituendum. *l. 2. & 3. ff. de reb. cred. princ. tit. inſtit. de obligat. quæ re contr.* Verumtamen ſi non ſit omnino gratuitum, & uſuræ promiſſæ fuerint, quia tunc inter datum, & acceptum aliqua proportio intercedat neceſſe eſt, non arithmeticâ, ſed geometricâ proportione ſervatâ præſtantur uſuræ. Nam uſuræ ſemper præſtantur habita ratione ſortis, cujus ſunt rata quædam portio, & quota pars. Uſuræ enim centeſimæ ſunt, quando ſingulis menſibus præſtatur centeſima pars ſortis debitæ, de quibus in *l. ſi pro mutua C. ſi cert. pet.* in *l. ult. §. ult. C. de jure dot. l. unic. §. cum autem in fin. C. de rei uxor. act. l. 1. & 2. C. de uſur. rei judic.* Uſuræ ſemiſſes, quoties ſemis centeſimæ partis ſingulis menſibus, hoc eſt, ſex annua pro centenario præſtantur, ut in *l. cum quid. 17. in princ. ff. de uſur.* Quincunces, cum quinque annua. *l. à filio in princ. & l. alimenta §. Baſilica ff. de alim. leg.* Uſuræ quadrantes, quoties tria *l. liberti 41. §. largius ff. de ann. leg.* Atque ita de cæteris, quæ ſemper pro rata ſortis promittuntur, atque præſtantur.

In pignore quoque raro evenit, ut aliqua proportio poſſit conſiderari. Verumtamen ſi pro duobus debitis inæqualibus ſimul obligetur, eo vendito pretium ex venditione redactum cedit in extinctionem utriuſque debiti pro rata, hoc eſt, juxta proportionem geometricam *l. pupilli 96. §. cum eodem ff. de ſolut.*

In ſolutione autem ſemper proportio geometrica ſervatur. *l. pro debito 6. C. de bon. aut. jud. poſſid.* Nam quoties par eſt dierum, & contractuum cauſa, ex omnibus ſummis pro portione videtur ſolutum *l. illud. 8. ff. de ſolut.* Et ſervus rationes reddere juſſus pro hæreditaria portione hæredibus reliqua ſolvere debet *l. ſi quis teſtamento 2. ff. de ſtatu lib.* Facit ad rem text. in *l. adhuc intereſſe* aliàs *l. Sed etſi 25. §. 1. in princ. ff. de uſufr.* Et ad proportionem geometricam pertinet, quod traditum eſt in *l. ſi tamen plures 4. in princ. ff. de exercit. act.* de diſtributione mercis peculiaris in *l. procuratori 5. §. ult. ff. de tributor. act.* & de peculio in *l. ſi peculium 6. in princ. ff. de pecul. leg.*

De ultimis voluntatibus nulla poteſt eſſe 8
controverſia, nam & actiones hæreditariæ inter cohæredes pro portione hæreditaria dividuntur *l. 1. C. de hæredit. act. l. ea quæ C. famil. erciſc. l. pacto ſucceſſorum C. de pact. l. planè ff. famil. erciſc.*

Et actiones, & onera hæreditaria inter hæredem & fideicommiſſarium pro rata, hoc eſt, pro portione Geometrica dividuntur. *§. ſed quia in fine & §. ergo inſtit. tit. de fideicom. hæredit. l. 1. C. ad S. C. Trebell. l. 1. §. ſi is, qui quadriginta & §. ſed ſi quadringinta & paſſim in tit. ff. ad S. C. Trebell.*

Item Legitima, Trebellianica, & Falcidia ad normam Geometricæ proportionis detrahuntur, cum ſint quotæ bonorum vel hæreditatis *l. 2. C. de inoffic. don. l. parentibus. 8. l. quæ nuper 31. C. de inoffic. teſtam. l. in quartam 91. ff. ad Leg. Falcid. §. cum autem inſtit. tit. eod. d. §. Sed quia inſt. de fideicom. hæred.*

Item pars vacans hæredibus accreſcit, & decreſcit pro portione hæreditaria *l. interdum 13. §. ſed ſi alter & §. ſeq. l. liber homo 59. §. cum quis ex inſtitutis l. ſi ita quis hæredes 66. ff. de hæred. inſtit. l. un. §. his ita definitis cum §. ſeqq. C. de caduc. tollend. §. videamus inſtit. §. ſi quis autem non implens auth. de hæred. & falcid. l. etſi 4. l. ſorori 6. ff. ſi pars hæred. pet. l. ſi libertus 34. ff. de bon. libert.* Atque eadem proportio ſervatur in ſubſtitutione juxta computationem Ulpiani in *l. ſi plures ſint 24. ff. de vulg. & pupill.* quam confirmarunt Imperatores in *l. 1. C. de impub. & al. ſubſtit.* & in *§. etſi ex diſparibus inſtit. tit. de vulgar.* Idemque obtinet in pupillari ſubſtitutione *l. qui liberis 8. §. hæc verba in fin. & l. ſeq. & l. ſed etſi plures 10. in princ. ff. de vulg. & pupill. §. ſubſtituitur inſtit. tit. de pupill. ſubſtit.*

Digitized by Google

Et hoc perpetuum eſt in jure accreſcendi, ut tam emolumentum, quàm onus accreſcat ad normam Geometricæ proportionis. Itaque & ſi legatum deficiat, hâc ratione ſingulis hæredibus accreſcit *l. planè* 34. §. *inde dicitur. ff. de legat.* 1. *l. un.* §. *ſed ut manifeſtetur C. de caduc. toll.* Etſi fideicommiſſum inſtitutis, aut ſubſtitutis eſt reſtituendum, eadem computatio adhibetur *l. quoties* 23. *l. epiſtolam* 75. *in princ. & l. Lucius* 78. § *pater puerum ff. ad S. C. Trebell.* Legatariis etiam pars legati vacans accreſcit pro rata *l. Mævio* 41. *in princ. ff de legat.* 2. quod in gravamine etiam & onere injuncto conſtitutum eſt *l. un. §. ne autem C. de caduc. toll'end.*

Item hæredes pro portionibus hereditariis legata ſolvunt, niſi aliquod legatum expreſſis eorum nominibus dare juſſi fuerint. *l. ſive à certis* 17. *ff. de duobus reis l. turpia* 57. §. 1. *& l. Si heredes* 124. *ff. de leg.* 1. *l. mortuo* 50. §. *ult. ff. de legat.* 2. Id etiam, quod mortis cauſa capiunt, pro portione hereditaria ipſis debetur *l. ita liber eſſe juſſus* 8. §. 1. *l. ſi quis teſtamento.* 12. *ff. de ſtatuliber.* Et pro rata exonerandi ſunt heredes ejus partis nomine, cujus emolumentum ipſis ablatum fuit *l.* 1. §. *qui minorem ff. ut leg. vel fideic. nom. cav.*

9 Item ſervus plurium pro portione dominii ſingulis dominis legatum acquirit *l. ſi ſervus plurium* 50. *in princ ff. de legat.* 1. *l. & Proculus* 10. *in fin. ff de legat.* 2. Et hereditatem *l. ſervus communis* 67. *ff. de acquir. hered.* Et obligationem *l. ſervus communis* 5. *ff. de ſtipul. ſervor.* niſi nomina dominorum in ſtipulatione expreſſerit *l. ſi communis* 37. *ff. eod.* & actionem injuriarum *l. ſed non eſſe* 16. *ff. de injur.*
Reſtitutus etiam à principe pro rata portione bonorum, quæ recuperaverit, creditoribus tenetur, *l.* 3. *c. de ſent. paſſ.*

In diviſione quoque percipiendorum fructuum Geometrica proportio ſervatur *l. de diviſione aliàs l. fructus* 7. §. 2. *& l. divortio* 8. *ff. ſolut. matrim. l. ſi quis domum* §. *hic ſubjungi ff. locati.*

Alia quamplurima exempla prætermitto: ex his enim ſatis conſtat, in toto jure proportionem Geometricam obſervari, quæ ſola, eſt vera proportio, & omnia ad juſtitiæ normam dirigit exacta inter cives æqualitate ſervatâ. Et hoc perpetuò obtinet, niſi aut repugnet voluntas diſponentis, aut evidens aliqua ratio contrarium ſuadeat: ut in *l. ſi finita* 15. §. *cum autem* 18. *ff. de damn. inf. l. ſi heredes* 124. *ff. de legat.* 1. *l. ſi communis* 37. *ff. de ſtipul. ſervor. l. ſi plures* 24. *in fin. ff. de vulg. & pupil.* in *l.* 5. §. *imperator ff. de ſolut. l. Prætoris* 5. § *ſi plures ff. de damn. inf.* in *l. ſi ita ſtipulatus* 55. *ff. de fidejuſ.*

CAPUT VII.

Ad L. 2. C. de reſcind. vend.

SUMMARIUM.

1 *In emptione & venditione licet contrahentibus ſe in pretio circumvenire.*

2 *Abſurdum eſt, reſcindere vel emendare emptionem ex cauſa pretii vilioris vel carioris.*

3 *Licèt circumvenire in pretio, non autem in re vendita.*

4 *Emptio venditio dolo metuve inita reſcindenda, vel emendanda.*

5 *Reſcinditur venditio, ſi dimidium juſti pretii venditor non conſequatur ex l. 2. l. 8. c. de reſc. vend.*

6 *Beneficium hoc ab Interpretibus ad emptorem productum.*

7. *Idque ſi in eis plusquam tertià parte læſus ſit.*

8. *Perpenditur & reprobatur hæc ſententia.*

9 *Mathematicarum diſciplinarum ignorantia veteres ad ita ſentiendum adducti ſunt. Ipſe quoque Galilæus aliquantiſper hæſitavit veri ſpecie deceptus.*

10 *Beneficium l. 2. eatenùs ad emptorem producendum eſt, quatenus emptor venditori æquetur.*

11 *Venditoris conditio favore dignior.*

12 *Læſio eſt, quatenus acceptum minus eſt dato.*

13 *Venditor immodicè læditur, ſi acceptum ſit minus, quam dimidium dati.*

14 *Emptoris eadem conditio eſſe debet.*

15 *In dijudicanda læſione non eſt ſpectanda quantitas, ſed quota ſeu rata pars ultra quam læſus poteſt frui beneficio legis.*

16 *Fortiſſimum argumentum ab exemplo permutationis ductum.*

17 *Sicut venditor immodicè læditur, cum pretium, quod recipit, eſt minus quam dimidium rei, quam tradit: ita emptor immodicè læditur, cum res, quam accipit, eſt minus, quam dimidium pretii, quod ſolvit.*

18. In l. 2. comparatur pretium acceptum cum verâ æſtimatione rei venditæ, ut cognoſcatur, an acceptum ſit minus dato.
19 In diſpoſitione l. 2. attenditur proportio geometrica.
20 Arithmetica proportio abſurdè affingitur l. 2.

1 IN emptione, & venditione naturaliter licèt contrahentibus ſe mutuò circumvenire. Nam & emptor viliore pretio comparandi, & venditor cariore diſtrahendi votum gerentes plerumque ad contrahendum accedunt. *l. ſi voluntate* 8. *c. de reſcind. vend. l. in cauſa* 16. *§. penult. ff. de minor. l. item ſi pretio* 21. *§. ult. ff. locati l. ſi heres* 3. *in pr. ff. ad leg. Fal.* quod etiam jure pontificio admittitur, *c. cum dilecti de emption. & vendit.* Atque hoc ad exemplum emptionis etiam in locatione receptum eſt *l. item ſi pretio §. ult. ff. loc. l. ſi ea pactione* 14. *c. de uſur.* Etenim cum unuſquiſque de re ſua poſſit pro arbitrio diſponere *l. in re mandata c. mand.* & poſſit etiam re ſuâ abuti *l. ſed etſi lege §. conſuluit ff. de petit. hered.* & certa non ſint, nec à lege definita rerum pretia, ſed res tanti valeant, quanti vendi poſſunt *l.* 1. *§. ſi heres ff. ad S. C. Trebell. l. ſi ſervus* 14. *in fine principii ff. de condict. furt. l. in furti* 50. *in pr. & l. ſi quis uxori* 52. *in fin. ff. de furt.* tam emptor, qui de diſtrahenda ſua pecunia, quam venditor, qui de diſtrahenda re ſua agit, poſſunt rei ſuæ quamcumque voluerint legem dicere; atque emptor quo pretio voluerit emere, venditor quo pretio voluerit vendere: alias ille ab emptione, hic à venditione abſtinere. Ac neuter alteri damnum dare videtur, cum jure ſuo utatur. *l. nemo damnum* 194. *ff. de reg. jur.* neuter damnum ſentire, cum facto, & culpa ſua id ſentiat *l. quod quis ex culpa* 204. *ff. eod.* Nec cauſſari poteſt venditor, ſe ignoraſſe naturam, & qualitatem rei venditæ, ejuſque pretium, quia id ſcire tenetur, etiamſi res longè diſſita ſit *l. quiſquis* 15. *c. de reſcind. vendit.*
2 Quamobrem turpiter errant imperiti judices, qui cum res, aut viliore pretio vendita fuerit, aut cariore empta, reſcindunt venditionem, aut ad juſtum pretium redigi decernunt contrà legum diſpoſitionem. *l. ſi voluntate* 8. *l. quiſquis* 15. *l. ad reſcindendam* 4. *l. dolus* 10. *c. de reſcind vend. l. ſi heres,* 3. *in princ. ff. ad leg. falcid. l. item ſi pretio* 12. *in fin. cum ſeq. ff. locati. l. à divo Pio §. ſi pignora ff. de re judic.* Tantum enim abeſt, ut poſſit venditor quicquam ab emptore repetere, ut emptor contra poſſit venditorem de evictione convenire etiamſi quod evictum non eſt, & apud eum remanet, æquet pretium, quod ſolvit *l. ſi duos ſervos* 47. *ff. de evict.* facit ad rem optimus textus in *l. ſi ea pactione* 14. *c. de uſur.*

Animadvertendum tamen eſt primò, quod 3
ſi deceptio, ac circumſcriptio non in pretio, ſed in ipſâ re vendita verſetur, tenetur venditor reficere, quod deeſt, & emptor conſequitur quanto minoris vel quanti intereſt *l. ſi duorum* 42. *ff. de act. empt. l. quoties ff. de ædilit. edict.* & ideo Juriſconſulti ajunt, licere ſe in pretio circumſcribere, & rem pluris, aut minoris emere *l. in cauſa* 16. *§. idem Pomponius ff. de minor. l. item ſi pretio* 22. *§. quemadmodum ff. locat.* quia idem in re ipſa non licet. Etenim pretium per ſe eſt incertum, & pro arbitrio contrahentium ſtatui debet, & pro commodo, pro affectione, pro neceſſitate creſcit, aut decreſcit, res autem certa eſt, ac definita, certiſque terminis & qualitatibus circumſcripta, nec hominum opinione variatur, atque mutatur.

Præterea quod ſi metu, vel dolo vilius 4
aut carius empta, ac vendita res fuerit, emptio, & venditio retractari, aut corrigi debet *l.* 1. *l. ſi dolo* 5. *l. ſi voluntate* 8. *c. de reſcind. vend.* quia nemini dolus prodeſſe debet. *l.* 1. *§.* 1. *ff de dol. mal. & met. ex. l. ita demum* 31. *ff. de recept. arbitr. l. itaque* 12. *§.* 1. *& l. eum qui* 14. *§. is autem ff. de furt.* dum tamen ſemper meminerimus, hac in re dolum non quantitate pretii, ſed facti qualitate æſtimari *l. ad reſcindendum* 4. *& l. dolus c. de reſcind. vend.*

Imperatores tamen non juris ratione id 5
ſuadente, ſed humanitate adducti ſtatuerunt, etiam ex ſola quantitate pretii reſcindi poſſe venditionem in *l.* 2. *ibi humanum eſt:* & in *l. ſi voluntate* 8. *c. de reſcind. vendit.* Sanxerunt tamen ſolummodo, venditionem poſſe reſcindi cum venditor minus

6 quamdimidium juſti pretii acceperit. Quod de venditore ab Imperatoribus fuit conſtitutum, interpretes ad emptorem produxerunt: jurene, an injuriâ, modo non diſputo, ne tam ſtabilem, tam inveteratam, tam omnium animis inſitam opinionem videar velle convellere. Non convenit tamen inter doctiſſimos homines, quantò amplius emere debeat emptor, ut gaudere poſſit beneficio legis.
7 Gloſſa in *d. l.* 2. putat emptori ſuccurrendum, ſi in tertiâ parte, & paulò amplius fuerit læſus: veluti ſi ſolvat ſexdecim pro re, quæ decem valet. Gloſſæ auctoritas in hanc ſententiam traxit omnes ferè veteres interpretes, qui hanc rationem afferunt, quod ſicut à lege ſuccurritur venditori, qui vendit quatuor, quod valet decem, ita ſuccurrendum eſt emptori, qui illud ipſum emit ſexdecim: æquali enim intervallo uterque diſtat à vero, juſtoque pretio, quod eſt decem, atque adeo tam emptor, quam venditor æquè læditur, & æquè meretur auxilium legis immodicè læſo ſubvenientis. Nam in
8 utroque tum intervallum à juſto pretio, tum ipſa læſio conſiſtit in ſex. Si hanc rationem admittimus, itidem dicendum erit, ſubveniri etiam venditori, qui vendit decem, quod valet ſexdecim: nam & hic æquali intervallo diſtat à juſto pretio, & pariter læditur in ſex. Atqui hoc repugnat diſpoſitioni legis *ſecundæ*, ex quâ ille tantum gaudet beneficio legis, qui vendit decem id, quod valet amplius quam viginti. Quid igitur rei eſt, cur non idem in emptore ſtatuamus? Videlicèt ei quoque tunc ſolummodo ſuccurri, cum emerit amplius quam viginti, quod decem valet, ut par ſit emptoris, & venditoris conditio. Fallitur igitur Gloſſa, quod putat æquari emptorem cum venditore, quoties uterque ſex amittit in contrahendo, nec animadvertit ſex collata cum ſexdecim, quæ ſolvit emptor, non ejuſdem modi eſſe ac ſex comparata cum decem, quæ dat venditor: nec æquè lædi eum, qui dat ſexdecim, & amittit ſex, ut ille qui dat decem, & amittit pariter ſex. Quis enim tam fatuus eſt, qui putet, æquale damnum contrahere eum, qui tertiam partem bonorum amittit, atque eum, qui dimidiam? Juſtinianus definivit legitimam liberorum eſſe tertiam partem, ſi defunctus quatuor, aut pauciores liberos reliquerit: Si plures, eſſe dimidiam. *auth. noviſſima c. de inoff. teſt.am.* Si quis diceret legitimam æqualem eſſe utroque caſu, an non riſu ab omnibus exploderetur? Titius qui habebat in bonis quadraginta, me heredem inſtituit in ſemiſſe: Caïus, qui habebat ſexcenta, me inſtituit in triente. Ex utriuſque hereditate ducenta conſequor; nemo tamen dixerit, me ab utroque fuiſſe æqualiter inſtitutum. Contra ſi uterque me heredem inſtituerit ex ſemiſſe, ab utroque ero æqualiter inſtitutus, licèt ex hereditate Caji trecenta conſequar, ex hereditate verò Titii tantummodo ducenta.

Verumtamen non miror, apud veteres 9
interpretes rudes earum artium, ſine quibus hæc controverſia dirimi facilè non poteſt, hanc opinionem adeo percrebuiſſe: cum ipſe Galilæus, Mathematicorum elapſi ſæculi facilè princeps, fateatur, ſe de quæſtione non abſimili interrogatum, in eamdem fere ſententiam reſpondiſſe veri quadam ſpecie, ac ſimilitudine deceptum. Poſtmodum autem rogatus, ut opinionem ſuam ſcriptis mandaret, & conquiſitis rationibus confirmaret, re diligentius, ac perquiſitius examinatâ, ſententiam mutavit, & argumentis nihil dubii relinquentibus contrariam veriſſimam eſſe demonſtravit. Haud aliter uſu venit in hac noſtra quæſtione: Veteres re minus accurate perquiſita objectam veri ſpeciem illico apprehenderunt, & mordicus tenuerunt: Recentiores vero acriori judicio, & optimis diſciplinis inſtructo rem diligentius expendentes, eam opinionem falſam eſſe judicarunt. Quapropter licèt olim gloſſæ opinio tam in ſcholis quam in foro communis eſſet: hodie tamen magis communis eſt contraria ſententia doctiſſimorum hominum ingeniis in lucem veritatis prolata, cui & nos lumen aliquod afferre conabimur.

Primum autem illud eſt ſtatuendum, nuſ- 10
quam in jure noſtro hoc beneficium emptori fuiſſe conceſſum, eoque ipſum gaudere ex interpretatione Doctorum, qui beneficium venditori datum à Lege, communicarunt emptori, ea ratione adducti quod par eſſe

debet conditio emptoris, & venditoris, & quod uni conceditur, alteri denegari non debet. *l.* 1. *C. de cupreſſis. l. cùm emptoris* 5. *in princ. ff. de reſcind. vendit.* Ex quo efficitur, eatenùs ad emptorem produci poſſe hoc beneficium venditori conceſſum, quoad emptor æquetur cum venditore. Cæterùm ſi ita extendatur, ut melior ſit conditio emptoris, quàm venditoris, iniquam prorſus eſſe ejuſmodi communicationem. Primum, quia collabitur, & corruit funditùs omne fundamentum hujus communicationis: imò ratio ipſa æquationis eo caſu excludit hanc communicationem, cùm non æquetur emptor venditori. Præterea quia iniquum eſt, melioris eſſe conditionis emptorem, cui hoc beneficium tribuitur interpretatione Doctorum, quàm venditorem,
11 cui nominatim Lege conceditur. Denique quia omnis ratiò dictat, magis venditori, quam emptori eſſe ſubveniendum: nam Legis auxilium multò magis meretur venditor, qui ſæpenumero rei familiaris anguſtiis, aut aliquà urgente neceſſitate bona ſua diſtrahere compellitur. *l. ita ut omnes* 39. §. 1. *verſic. quid enim ff. mandat. l. non idcirco* 12. *L. quiſquis.* 16. *C. de reſcind. vend. l.* 2. *C. ſine cenſu vel reliq. l.* 1. *C. de præd. decurion.* quàm emptor, qui volens accedit ad emendum, & ſæpè cariùs emit vel quodam calore, *l. locatio* 9. *ff. de public.* vel affectione opportunitatis, vicinitatis, cœli, aut quod illic educatus ſit, vel parentes ſepulti. *l.* 1. §. *Sed ſi rem. verſic. & alias videamus ff. ſi quid in fraud. patron.* vel quod bona illa majorum ejus fuerint. *l. ſi in emptione* 56 *ff. de minor.* Quocirca ſi gloſſæ interpretatio plus tribuat emptori, quàm lex ipſa venditori, ut ſuprà probavimus, & infrà luculentiùs demonſtrabimus, ea tamquam iniqua, & abhorrens tum à rectâ ratione, tum à legis ſanctione erit repudianda.

12 Secundò loco illud etiam tamquam certum & exploratum ſtatuendum eſt, læſionem conſiſtere in illa inæqualitate, ac differentiâ, quæ intercedit inter datum, & acceptum. Nemo enim læditur, quoties acceptum eſt æquale dato: nihil enim abeſt ei, qui tantùmdem recipit, quantùm dedit: adeòque cùm jus ſuum conſequatur, nec læditur, nec jacturam ullam facit, nec damno afficitur. Tunc igitur læditur aliquis, cùm recipit minùs, quàm dedit, ſeu minus ejus, quod recipere debuit. Ac ſi paulò minùs accipiat, levis erit, & modica læſio: ſi multò minùs, gravis & magna: ſi immodicè minùs, immodica erit & enormis læſio. Cùm igitur pro modo hujus inæqualitatis, & differentiæ creſcat læſio, atque jactura contrahentium in emptione, & venditione, & tantùmdem augeatur, quantùm ipſa augetur; manifeſtum eſt, inæqualitatem, ac differentiam inter acceptum, & datum, eſſe veram, atque unicam menſuram hujus læſionis, atque jacturæ.

Quibus probè conſtitutis, ad rem veniamus. Imperatores in *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* 13
definiverunt, venditorem immodicè, & enormiter læſum videri, adeò ut poſſit reſcindere venditionem, ſi non acceperit dimidium juſti pretii: hoc eſt, ſi non acceperit dimidium ejus, quod dedit, & quod recipere debebat. Nam venditor, ne lædatur, recipere debet juſtum rei pretium, quod compenſat rem, quam vendit, ac tradit emptori. Uno 14
verbo, tunc immodicè læditur, cùm acceptum eſt minùs, quàm dimidium dati. Eſt ergo, ùt emptorem æquemus venditori, neceſſariò dicendum, tunc emptorem pariter lædi immodicè, atque enormiter, adeò ut poſſit emptionem reſcindere, cùm acceptum erit minus quàm dimidium dati: hoc eſt, cùm recipiet à venditore aliquanto minus, quam dimidium ejus pretii, quod ipſi ſolvit. Etenim ne lædatur, debet à venditore recipere rem, quæ tanti ſit, quanti eſt pretium, quod ſolvit, nempè ut juſtum pretium rei, quam accipit à venditore, æquet, ac compenſet pretium, quod ſolvit. Si ea minoris ſit, tunc læditur; ſi ſit tantò minoris, ut ejus verum pretium non pertingat ad dimidium pretii, quod ſolvit, tunc immodicè læditur, & poteſt emptionem reſcindere. Animadvertendum enim eſt, quod dimidium neceſſariò refertur ad totum: nec poteſt eſſe dimidium, niſi ſit aliquod totum,

cujus illud ſit dimidium. Cùm autem agitur de jactura, de læſione, de damno, tunc dicitur aliquis in dimidio lædi, ac damnum pati, ſeu dimidii jacturam facere, quoties amittit dimidium ejus, quod antea habebat vel recipit dimidium ejus, quod recipere debebat. Ergo emptor in dimidio læditur, & dimidii jacturam facit, cum recipit dimidium ejus, quod antea habebat, & quod juſte recipere debebat, quia tantumdem dedit; quod evenit, cum dat viginti, & recipit decem: tunc enim amittit decem, quæ ſunt dimidium viginti. Nam ante emptionem habebat viginti, poſt emptionem habet tantummodo decem: in contrahenda emptione ſolvit viginti in pecunia numerata, ut viginti recipiat in merce; ſi recipit tantummodo decem, dimidii jacturam facit, dimidii læſionem patitur: non ſecus, ac venditor, qui tradit viginti in merce, quam vendit, & recipit tantummodo decem in pecunia, ſeu quod idem eſt, dat decem, & recipit quinque: nam & hic dimidii jacturam facit. Dimidium enim amittit, cum habeat ſolummodo dimidium ejus, quod antea habebat, & recipiat dimidium ejus, quod recipere debebat.] Et hæc eſt vera æqui parario emptoris, ac venditoris, quod qui non vident, in luce clariſſima cæcutiunt.

15 At enim, inquiunt, ſi emptor emat viginti, quod decem valet, & venditor vendat quinque, quod æque decem valet: emptor in decem læditur, venditor in quinque: ergo non æque læduntur emptor, ac venditor, atque adeo non eſt par utriuſque conditio. Ineptiſſima concluſio. Philoſophus ita diſtingueret: non æqualiter læduntur quantitative, ſed quotitative. Barbarè quidem, ſed ad rem explicandam aptiſſimè. Læſio enim utriuſque non eſt æqualis quoad quantitatem, quia emptoris eſt decem, venditoris quinque: Sed eſt æqualis quoad quotam, & ratam portionem, quia uterque læditur in dimidio. Hæc autem in re non eſt ſpectanda quantitas, ſed quota: quia lex non præſcripſit certam quantitatem, in qua læſus poſſit reſcindere: ſed quotam, ſeu ratam partem, nempe dimidium, ultra quod qui læſus eſt, fruitur beneficio legis. Omnes igitur, qui in dimidio læſi ſunt, æqualiter læſi ſunt, etiamſi non in eâdem quantitate. Etenim nec ille, qui vendit decem, quod valet viginti, perindè læditur inſpectâ quantitate, atque ille, qui vendit quinque, quod valet decem: alter enim in decem, alter ſolùm in quinque læditur. Verumtamen quoad beneficium legis *ſecundæ* uterque læditur æqualiter, quia uterque læditur in dimidio: quamobrem uterque habet jus reſcindendi, ſi ille paulò minùs, quàm decem: hic paulò minùs, quàm quinque vendiderit. Si duo ſint heredes per fideicommiſſum rogati reſtituere, alter hereditatem quatuor millium, alter quadringentorum: & ille retineat, ex Trebelliano mille, hic tantummodò centum: utique ille multò plus retinet quoad quantitatem, quàm hic: Sed quoad quotam, & ratam partem uterque æqualiter retinet, & uterque ſervat præſcriptionem ſenatuſconſulti, quod non certam quantitatem præſcripſit, ſed quartam partem retinere permiſit. Quemadmodùm igitur par eſt heredis utriuſque conditio, licèt ille magnam, hic modicam quantitatem retineat, quia uterque quartam partem retinet; ita par eſt conditio duorum venditorum, itemque emptoris, & venditoris, licèt alter magnam, alter modicam quantitatem amittat, dum uterque dimidiam tantùm partem amittat, aut paulò amplius. In omni commerciorum rerumque contrahendarum uſu, lucrum, damnumque æſtimetur, factâ comparatione ad id, quod datum eſt, & expenſum. Quamobrem, qui in ſingula centenaria tantùmdem lucri, aut detrimenti faciunt, æquale lucrum reportare, & æqualem jacturam facere exiſtimantur. Si quis ex quadringentis, quæ dedit, lucrifaciat quadraginta, & alter ex centum tantummodò decem, uterque æqualiter lucratur, licèt quantitas lucri ſit inæqualis, quia uterque lucratur decem in ſingula centenaria. Qui emit viginti, quod valet decem, ſeu centum, quod valet quinquaginta, amittit quinquaginta pro centenario: ſicut ille, qui

Digitized by Google

vendit quinque, quod valet decem, aut, quod idem eſt, vendit quinquaginta, quod valet centum.

Atque ut evidentiſſimè demonſtretur, hâc proportione ſervatâ, omninò æquari emptorem venditori, fingamus Titium emere centum, quod valet quinquaginta: Caïum vendere quinquaginta, quod valet centum. Uterque diſtrahit, & à ſe abdicat centum: emptor in pecunia, venditor in merce. Uterque recipit quinquaginta: emptor in merce, venditor in pecunia. Uterque jacturam facit quinquaginta. Conveniunt igitur in omnibus, ac propterea perfectior æquatio emptoris cum venditore nec inveniri, nec excogitari poteſt. Quemadmodùm igitur venditor non poteſt agere ad reſcindendam venditionem, ita nec emptor, ſiquidem venditori eſt æquiparandus. Item quemadmodùm, ſi venditor vendiderit paulò minùs quinquaginta, poterit uti beneficio legis: ita & emptor, ſi res conſtet paulò minus quinquaginta. Hoc argumentum, ſi cavillationibus fortaſſe poteſt eludi, nulla tamen probabili ratione poteſt labefactari.

Perpendamus jam, quantò melior ſit emptoris, quàm venditoris conditio juxta gloſſæ & Veterum opinionem. Falluntur illi, quòd putant ſe proponere emptorem læſum in dimidio: proponunt autem emptorem reverâ læſum in tertiâ tantùm parte, ut initio indicavimus, eumque comparant cum venditore, qui verè læſus eſt in dimidio: ac proindè nec ratio conſtat, nec æquiparatio. Neque enim animadverterunt, ſe læſionem in venditore conſtituere in dimidio ejus, quod dat: contrà verò in emptore in dimidio ejus, quod accipit, hoc eſt, in tertiâ parte ejus, quod dat. Etenim qui ſolvit quindecim pro re, quæ valet decem, dat quindecim, & recipit decem: itaque ei abſunt quinque, quorum jacturam facit; quinque autem ſunt dimidium decem, quæ accepit, & tertia tantùm pars quindecim, quæ dedit. Contrà qui vendit quinque, quod valet decem, dat decem, & recipit quinque, adeoque jacturam facit quinque: hæc autem ſunt dimidium decem, quæ dedit. Nemo autem dubitabit, quin melioris ſit conditionis ille, qui amittit ſolùm tertiam partem, quàm ille, qui amittit dimidiam: & quin majorem jacturam faciat, qui dimidiam, quàm qui tertiam partem amittit.

Præterea in exemplo modo expoſito, qui emit centum, quod valet quinquaginta, poteſt reſcindere contractum juxta gloſſam: & contrà, qui vendit quinquaginta, quod valet centum, non poteſt reſcindere: & tamen ad amuſſim in omnibus pares ſunt emptor, & venditor, cùm uterque tantùmdem det, tantùmdem recipiat, tantùmdem amittat, ut demonſtravimus. Sed hoc diligentiùs perpendentes ad calculos revocemus. Si quis emat centum, quod conſtat ſexaginta ſex, perdit tantummodò triginta quatuor: & tamen poteſt contractum reſcindere, quia 34. eſt plus quàm dimidium 66. Contrà ſi quis vendat quinquaginta, quod centum conſtat, perdit quinquaginta, & tamen non poteſt reſcindere contractum. Eſt ne hoc æquare emptorem venditori? Præclara ſanè æquiparatio: emptor, qui perdit ſolùm triginta quatuor, gaudet beneficio legis: emptor, qui perdit quinquaginta, non gaudet. Profectò ſi vel homines de trivio interrogaveris, utrum magis lædatur, majoremque jacturam faciat ille, qui erogatis centum aureis amittit tringinta quatuor; an verò ille, qui amittit quinquaginta, riſu excipieris, & inſanire videberis. Atque huc nos redigit gloſſæ abſurda ſupputatio.

Sed ne ullus pateat evadendi locus, fingamus exemplum in eâdem re, eodemque contractu, iiſdemque perſonis. Conſtat inter omnes beneficium legis *ſecundæ* extendi etiam ad permutationem, quæ emptioni, & venditioni eſt maximè affinis, & huic originem dedit. *l. 1. ff. de contrah. empt.* Fingamus igitur Titium permutare equum, qui conſtat triginta aureis, cum decem amphoris vini, quæ conſtant novemdecim. Rogo, an poſſit reſcindere contractum. Enimverò ſi conſideretur tamquam emptor vini, poterit reſcindere: ſi tamquam venditor equi, non poterit reſcindere. Ergo multò melioris eſt conditionis emptor, quàm venditor. Eſt 16

hic

hic anfractus inexplicabilis in ſententia gloſſæ. Eò confugiunt, ut dicant, conſiderandum eſſe Titium tamquam venditorem equi. Quid ita? Enimvero non minus eſt emptor vini, quam venditor equi. Sed quomodo ſe extricent, ipſi viderint. Hoc tantum urgeo: ſi par eſſet conditio emptoris, & venditoris, & æquali jure cenſerentur, utique perinde eſſet, Titium conſiderare tamquam venditorem, ac tamquam emptorem. Ex hoc certe ſe numquam explicabunt.

17 Contra hæc duo opponebantur in judicio, in quo de hac controverſia fuit acerrime diſceptatum. Primum quòd Imperatores tam in *l. 2.* quam in *l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* ſtatuunt menſuram læſionis, factâ comparatione ad juſtum, ac verum pretium. Ibi: *Minus autem pretium videtur eſſe ſolutum, ſi nec dimidia pars veri pretii ſoluta ſit.* & rurſus: *niſi minus dimidia juſti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet.* Ergo etiam emptor immodicè læſus erit, cùm læſio tranſgreditur dimidiam juſti, ac veri pretii, hoc eſt, ſolverit ſexdecim pro re, cujus juſtum pretium erat decem: nam ſex ſunt plus quam dimidium decem, quod eſt juſtum pretium.

Ac ſi in laudatis legibus ageretur tam de emptore quàm de venditore, utique vim argumenti perciperem. Sed cum in illis agatur de ſolo venditore, non intelligo cur ea verba emptori debeant, aut poſſint accommodari. Primum enim emptori beneficium hujuſmodi non competit ex verbis legis, ſed propter quamdam comparationem, & æquationem ſervandam inter emptorem, & venditorem. Quocirca neceſſe eſt ad emptorem ſolummodò hoc beneficium extendi, eique communicari eâ ratione, ac modo, quo æquetur venditori, ut initio diximus. Hoc igitur tantummodo in hâc quæſtione eſt obſervandum, an ex illa, vel illa ſupputatione emptor æquetur venditori, adeò ut non aliter ad hoc beneficium admittatur, quàm ſi æque lædatur atque ipſe venditor.

Prætereà, etiamſi maximè velis, tamen verba, quæ venditori conveniunt, emptori nequeunt accommodari. Nam cùm à venditore gradum facimus ad emptorem, omnia de hoc ex contrario dicuntur, nec paria paribus, ſed adverſis contraria referuntur. Quod enim eſt defectus in venditore, eſt exceſſus in emptore: quod in venditore eſt minus, in emptore eſt plus: quod in venditore eſt acceptio, in emptore eſt datio: quoniam venditor læditur minus recipiendo, emptor plus dando: læſio venditoris in defectu, emptoris in exceſſu conſiſtit. Item venditor diſtrahit, & à ſe abdicat rem venditam: emptor pretium. Venditor acquirit pretium, emptor rem emptam. Venditor tradit rem pro pretio: emptor pretium pro re. Manifeſtum eſt igitur, quòd id, quod reſpectu venditoris eſt res vendita, ſeu ipſius æſtimatio ac pretium; reſpectu emptoris eſt pretium conventum: & ex contrario, quòd reſpectu venditoris eſt pretium conventum, reſpectu emptoris eſt res empta: nam venditor dat rem venditam, ut conſequatur pretium, emptor ex contrario dat pretium conventum, ut conſequatur rem emptam. Itaque ſicut venditor immodicè læditur, cùm pretium, quod recipit pro re, eſt minus, quàm dimidium: ita emptor immodicè læditur, cùm res, quàm recipit pro pretio convento, eſt minus, quàm dimidium ipſius pretii. Rurſus quod reſpectu defectûs eſt dimidium, reſpectu exceſſûs eſt duplum: eodem enim modo læditur, qui duplum dat ejus, quod recipit, & qui dimidium recipit ejus, quod dat. Igitur ſi lex in venditore qui læditur propter defectum, definit, ac præſcribit plus quàm dimidium juſti pretii, in emptore debet præſcribi plus quàm duplum juſti pretii, cùm ipſe lædatur propter exceſſum. Dicam planius, ſi potero. Quinque ſunt dimidium decem: contra decem ſunt duplum quinque. Tam in emptore, quàm in venditore, ſi ſpectetur id, quod accepit, eſt dimidium: Si verò ſpectetur id, quod dedit, eſt duplum: Venditor, quod valet decem, vendit quinque: dat decem, & recipit quinque: ſi conſideres quinque, quæ recepit, ea ſunt dimidium decem, quæ dedit: ſi verò reſpicias ad decem, quæ dedit,

ea ſunt duplum quinque , quæ accepit. Dat igitur duplum , recipit dimidium. Eodem modo emptor etiam dat duplum , recipit dimidium. Solvit enim pretium viginti , & recipit decem , quæ ſunt verum pretium rei , quam emit : viginti , quæ dat , ſunt duplum decem , quæ recipit : & decem, quæ recipit : ſunt dimidium viginti , quæ ſolvit. Poteſtne inveniri , aut excogitari exactior , atque perfectior æquatio, ac ſimilitudo ? Sed hæc non omnes examuſſim , atque exquiſitè comprehendunt : aliâ igitur aggrediamur viâ.

18 Cùm certa , atque unica menſura læſionis ſit differentia , quæ intercedit inter datum , & acceptum , ut initio demonſtravimus , Imperatores , ut definirent , quanta debeat eſſe læſio , ut poſſit reſcindi venditio , compararunt pretium , quod venditor recepit , cum re vendita , quam tradidit ; ſed quia non rectè procederet comparatio , atque proportio , ſi pecunia cum merce compararetur , quia proportio , & comparatio fieri debet inter res ejuſdem generis , idcirco pro re vendita , & tradita ſumpſerunt ejus veram æſtimationem , juſtumque pretium ; & optimè , atque ex ordine pretium ſolutum venditori cum vero pretio rei venditæ compararunt : & ſi illud ſit minus , quàm dimidium hujus , contractum poſſe reſcindi conſtituerunt ; quia humanum eſt ſubveniri ei , qui amittit pluſquam dimidium rei ſuæ , hoc eſt , recipit minus , quàm dimidium ejus , quod dat. Quemadmodum igitur certiſſimum eſt , lædi venditorem , non quatenus illud eſt pretium rei , ſed quatenus totum illud conſequi debebat , & minus quàm dimidium eſt conſecutus , adeoque perdidit majorem partem rei ſuæ , propter quod meretur auxilium legis ; ita certiſſimum eſt , Imperatores nominaſſe verum pretium , non ipſum , quatenus pretium eſt , conſiderantes , ſed ut ipſum compararent cum pretio ſoluto , atque ita jacturam venditoris metirentur , certamque menſuram læſionis præſcriberent , quæ aliter definiri non poteſt , quàm determinando , quid læſus dederit , & acceperit. Verum igitur pretium ibi conſideratur tamquam datum : pretium ſolutum tamquàm acceptum.

Alterum , quod opponebatur , deducebatur ab Ariſtotele *lib. 5. Ethicor. cap 7.* ubi 19
ſtatuit in contractibus , atque in commerciis , quæ pertinent ad juſtitiam commutativam , ſervandam eſſe proportionem arithmeticam , quam attendunt ii , qui plus quàm in duplo emptorem lædi oportere contendunt. Arithmeticam autem attendit gloſſa. Nam 15. 10. 5. ſunt in proportione arithmeticâ : 20. 10. 5. ſunt in geometrica. Ariſtotelis ſententiam amplectuntur omnes interpretes , ac præſertim ad *princ. tit. inſtit. de juſtit. & jur.*

Verane ſit , an falſa Ariſtotelis ſententia , non diſputo : aliàs enim hoc examinavi ſatis copioſè. Hoc tantum dico : in diſpoſitione noſtræ legis manifeſtò geometricam proportionem attendi. Cum enim læſio definiatur in parte dimidiâ , & amplius , dimidium non poteſt referri , niſi ad proportionem geometricam. Rogo enim ; ſi venditor rem , quæ decem conſtat , vendat minus quàm quinque , poteſt reſcindere contractum , quanti vendenda ſit res , quæ conſtat quadraginta , ut pariter contractus reſcindi poſſit. Reſpondebunt utique vendendam eſſe minus , quàm viginti , ut minus quàm dimidium juſti pretii ſolvatur. Atqui 40. 20. 10. 5. ſunt in proportione geometricâ , non arithmeticâ : ergo in metiendo læſionem , geometricam , non arithmeticam proportionem attendimus. Hæc eadem proportio ſervatur in detrahendâ Falcidia , Trebellianicâ , & legitima , quia lex non certam quantitatem detrahi permiſit , ſed ratam , & quotam partem , videlicèt dimidiam , tertiam , quartam partem , quæ detrahi non poſſunt , niſi ſervatâ geometricâ proportione. Nam hæ partes neceſſariò referuntur ad totum , & creſcunt aut decreſcunt pro incremento , aut decremento totius , cujus ſunt partes : adeòque ſemper ſunt geometricè proportionales cum toto , Euclid. *lib. 5. prop. 15.* Si lex in computandâ læſione voluiſſet ſervari proportionem arithmeticam , præſcripſiſſet certam quantitatem , veluti decem , viginti , triginta aureorum , ultra quam qui læſus eſſet , poſſet reſcindere contractum : quemad-

Digitized by Google

modum præſcripſit in actione doli, quam ob modicam læſionem dari noluit, eamque definivit eſſe duorum aureorum *l. ſi oleum* 10. *in fin. cum duab. ſeqq.* alias *l. Si quis* §. *Labeo ff. de dolo.*

Imo & inter emptores, etiam admiſſa gloſſæ ſententia, omnino ſervari debet proportio geometrica. Etenim ſi emptor qui emit quindecim, quod paulo minus, quàm decem conſtat, reſcindere poteſt; etiam qui emit triginta quod conſtat paulo minus, quam viginti, ſimiliter poterit reſcindere contractum. Atqui 30. 20. 15. 10. ſunt in proportione geometrica. Quod ſi quis contenderet inter emptores ſervari debere proportionem arithmeticam, infinitis difficultatibus implicaretur, ex quibus nulla ratione ſe poſſet explicare. Nam ſicut immodice læditur ille, qui emit quindecim, quod conſtat paulo minoris decem, ita & qui emit decem millibus quinque, quod conſtat paulo minoris decem millibus, & qui emit centum millibus quinque, quod conſtat paulo minoris centum millibus: quæ nemo non videt, quàm ſint abſurda. Imo ſi hanc regulam obſervaremus, res progrederetur in infinitum: nam & qui emit centum millibus uno, quod valet centum millibus, poſſet reſcindere contractum, quia illum poteſt reſcindere, qui duobus nummis emit, quod uno valet. Ac propterea emptor vel in minima quantitate læſus poſſet emptionem reſcindere, quod legibus repugnat, & rectæ rationi.

Si igitur tam in venditoribus, quàm in emptoribus geometrica, non arithmetica, proportio ſervatur, cur ea ſervanda eſt inter venditorem & emptorem? Unde hoc diſcrimen? quæ ratio id ſuadet? Reſpondebant, quod cum res pretio æſtimetur, ſemper fieri debet comparatio pretii ad rem, ſive pretium excedat, ſive deficiat, & inde ſumi proportio. Quapropter in venditore debet referri pretium quinque ad decem: & in emptore pretium quindecim ad decem, ita ut decem, quæ ſunt verum rei pretium, ſint utroque caſu terminus conſequens hujus proportionis, ſeu comparationis.

Nec animadvertebant ſe hac ratione utramque proportionem cum geometricam, tum arithmeticam deſtruere. Nam hi numeri hoc ordine diſpoſiti 5. 10. 15. 10. neque arithmeticè, neque geometricè ſunt proportionales: imo nec harmonicè.

Quantum autem attinet ad Imperatorum 20
conſtitutionem; hoc ipſi conſiderare non potuerunt, cum de emptore nihil diſpoſuerint: itaque hæc nova, & inaudita proportio eſt merum commentum Advocatorum cauſæ inſervientium. Etenim Imperatores ſolum conſiderant læſionem, jacturam, detrimentum venditoris, quem dignum putant auxilio legis, ſi immodicam jacturam fecerit. Hoc autem beneficium ſi velimus ad emptorem producere, eo tantum caſu producere debemus, quo emptor æque dignus ſit auxilio legis, hoc eſt, æqualem jacturam fecerit. Cum autem lex non certam quantitatem, ſed dimidiam partem ſtatuerit eſſe menſuram hujus læſionis, non poteſt attendi æqualitas abſoluta quantitatis, ſed æqualitas comparativa, ſeu proportionalis, & fieri debet comparatio partium, non vero quantitatum: adeo ut æque læſus dicatur emptor, ac venditor, ſi uterque pluſquam dimidii jacturam fecerit.

Atque ut intelligatur, quam futilis ſit, & abſurda propoſita comparatio, fingamus Imperatores non de venditore, ſed de emptore ſtatuiſſe, ut ſi pluſquam duplum juſti pretii ſolviſſet, reſcindere contractum poſſet. Hæc lex ad venditorem non poſſet extendi: nam ſi emptor poteſt reſcindere, cùm emit 21. quod valet decem: venditor ut poſſet reſcindere, neceſſe eſſet, ut illud idem venderet minoris, quam nihili. Etenim exceſſus 21. ſupra 10. eſt 11. Defectus autem nihili à decem, eſt ipſa decem: ergo ut defectus eſſet æqualis exceſſui, deberet vendere uno minus, quam nihil, quod eſt abſurdum. Quemadmodum igitur facultas reſcindendi conceſſa emptori læſo ultra duplum, non aliter poſſet communicari venditori, niſi cùm læſus eſſet ultra dimidium; ita ex contrario eadem conceſſa venditori læſo ultra dimidium, non debet communicari empto-

ri, niſi cum læſus eſt ultra duplum. Nam duplum in emptore reſpondet dimidio in venditore: cùm duplum in exceſſu ſit idem ac dimidium in defectu, ut ſupra demonſtravimus.

CAPUT VIII.

Ad L. niſi hoc actum 22. ff. de pact.

SUMMARIUM.

1 *Status quæſtionis & occaſio ſcribendi.*
2 *Liberato reo per tranſactionem, liberatur etiam fidejuſſor.*
3 *Etiamſi jam fuerit condemnatus.*
4 *Cùm ipſo jure tollitur obligatio, fidejuſſor omnino liberatur.*
5 *Cum autem tollitur ope exceptionis, quandoque fidejuſſori prodeſt.*
6 *Tranſactio ipſo jure tollit obligationem.*
7 *Tranſactio tribus modis fit. & n. 13. 14.*
8 *Eſt contractus innominatus.*
9 *Continet novationem, & n. 10. 11. 12.*
10 *Niſi contrarium expreſſerint tranſigentes.*
11 *Præcipuè cùm mutatur forma contractus.*
12 *Etiamſi ſubſequens ſit naturalis tantum obligatio.*
13 *Tranſactio per Aquilianam ſtipulationem liberat tam principalem debitorem, quam fidejuſſores.*
14 *Stipulatio adjecta conventioni tranſigentium tollit priorem ſtipulationem, & obligationem.*
15 *Tranſactio per ſtipulationem facta fit contractus nominatus.*
16 *Mutatâ formâ contractûs extinguitur fidejuſſio.*
17 *Etiamſi reſerventur jura contra fidejuſſorem.*
18 *Maximè ſi reſervatio naturæ contractûs repugnet.*
19 *Refellitur Urceol. dec. 17.*
20 *A remiſſione pignoris non valet argumentum ad fidejuſſorem ad privandum illud beneficio liberationis, & n. 21. 22. 23.*
24 *Difficilius ſolvitur pignus, quàm fidejuſſio.*
25 *Correo liberato aliter quàm ſolutione, alter non liberatur.*
26 *Contrarium obtinet in fidejuſſore.*
27 *Rationis differentia & n. 28. 29.*
30 *Declarantur auctoritates in d. dec. allegatæ. & n. 35.*
31 *Tranſactio cum correo alterum quoque liberat.*
32 *Etiamſi non ſolidum, ſed pars ſolvatur, quanti fuit lis æſtimata & n. 33. 34.*
36 *Fidejuſſor liberatur quotieſcumque habiturus eſſet regreſſum contra principalem debitorem.*
37 *In quibus caſibus non habeat regreſſum.*
38 *Creditor ſibi jura reſervans contra fidejuſſorem non tollit ei regreſſum.*
39 *Nec Principi tollere ſolet.*
40 *Fidejuſſor poteſt ſe tueri adverſus creditorem exceptione cedendarum. & n. 41.*
42 *Plura remedia agentibus conceſſa.*
43 *Rejicitur propoſitio Urceol. dec. 17. n. 26. quod creditore liberante principalem debitorem cum reſervatione jurium contra fidejuſſorem, tacitè actum videatur, ut poſſint à creditore cedi actiones contra fidejuſſorem. Explicatur textus noſter.*
44 *Creditor poſt tranſactionem nullas actiones habet, quas fidejuſſori cedere poſſit, & n. 48.*
45 *Et hæ exceptiones eliduntur.*
46 *Exceptiones perſonales duplicis generis.*
47 *Correo per pactum liberato actiones alteri correo cedendæ ſunt.*
49 *Fidejuſſor ſolvens poteſt petere, ut ſibi cedantur actiones, etiamſi habeat actionem mandati contra debitorem.*
50 *Creditor pacto perſonali creditorem abſolvens, ipſum liberat.*
51 *Omnino pactum perſonale non prodeſſe fidejuſſori, quomodo ſit intelligendum.*

NI te plus oculis meis amarem, Amice 1
jucundiſſime, mandatis tuis obſequi nefas eſſe ducerem. Jubes enim, ut dicam, quod ſentio de deciſione nuper editâ inter Deciſ. Urceol. 17. quam Auctor multò ante ediderat in *tract. de tranſact. qu.* 74. Sed quis ego ſum, qui vix primoribus labiis attigi juriſprudentiam, ut poſſim ferre judicium de re judicata à doctiſſimis viris, juris & juſtitiæ conſultiſſimis? Nam etſi non ſus Minervam, ut aiunt, tamen ineptè, quiſquis Minervam docet: ut ait Cicero *in* 1. *Academ.* Verumtamen amicitiæ, ac benevolentiæ ergo, ineptiæ, atque etiam audaciæ culpa ſubeunda. Dicam igitur ingenuè ac liberè, quod ſentio. Contraria ſententia mihi videtur eſſe veriſſima.

Poſt diuturnam litem ſuper annuo cenſu tandem omnis controverſia deciſa fuit per tranſactionem, quâ convenit, ut debitor ſolveret creditori ſcuta centum: quibus ſolutis, extinctus eſſet cenſus, & reſolutus contractus, & omne jus creditoris ex cauſa ipſius cenſus. In fine tamen creditor ſibi reſervavit jura talia, qualia ſibi competerent contra fidejuſſores cenſus. Recepta à principali debitore ſumma, de qua convenerat in tranſactione, judicium inſtituit contra fidejuſſores: atque illi fuerunt condemnati, revocatâ priori ſententiâ quæ illos abſolverat,

Digitized by Google

Ego contra exſtimarem confirmandam fuiſſe priorem ſententiam, & abſolvendum fidejuſſorem.

2 Ita nos docet Paulus in *l. fidejuſſores* 68. *§. ult. ff. de fidejuſſ. Non poſſunt conveniri fidejuſſores liberato reo tranſactione.* Non poterat clarius decidi noſtra controverſia. Ulpianus in *l. & poſt.* 7. §. 1. *ff. de tranſact. Si fidejuſſor conventus, & condemnatus fuiſſet, mox reus tranſegiſſet cum eo, cui erat fidejuſſor condemnatus, tranſactio valeat, quæritur: & puto valere, quaſi omni cauſa & adverſus reum, & adverſus fidejuſſorem diſ-

3 ſoluta.* Diſſolvitur omnis cauſa adverſus fidejuſſorem, etiamſi jam fuerit condemnatus. Multo magis ſi nec condemnatus, neque conventus fuerit. Sanè de hoc valde poterat dubitari: nam judicio contrahitur obligatio ſicut ſtipulatione, & non ampliùs origo judicii ſpectanda, ſed ipſa judicati obligatio. Sunt verba Ulpiani in *l.* 3. §. *idem ſcribit ff. de peeul.* Novatur enim judicati actione prior contractus *l. ult verſ. Si enim C. de uſur. rei judic.* imo, & ſola conteſtatione *l. delegare* 11. *l. aliam* 29. *ff. de novat.* Itaque fidejuſſor condemnatus proprio nomine, tenetur ex novâ judicati obligatione; quamobrem non videbatur per tranſactionem rei principalis eſſe liberatus. Sed quia per tranſactionem rei diſſolvitur omnis cauſa etiam fidejuſſoris, vis tranſactionis porrigitur etiam ad obligationem rei judicatæ, ne liberato reo principali teneatur fidejuſſor: contra regulam *text. in l. in omnibus ff. de ſolution.*

4 Sed ut diſtinctius hoc explicemus. Omnis obligatio tollitur aut ipſo jure, aut ope exceptionis *L. qui ſervum §. ſi is cui ff. de obligat. & action. L. cum quis* 38. §. 1. *verſ. & ideo & L. qui decem* 72. *in princ. ff. de ſolut.* Cùm ipſo jure tollitur, quoniam penitus extinguitur obligatio, indubitatum eſt omnino liberari fidejuſſorem *L. in omnibus ff. de ſolut.* veluti ſi reus ſolverit *princ. tit. inſtit. verſ. item ſi reus. quib. mod. toll. oblig.* Si compenſare poſſit *L. verum* 4. *ff. de compenſ.* Si obligationem novaverit *l.* 4. *C. de novat.* & aliis modis ſimilibus.

Ope exceptionis non penitùs extinguitur obligatio, neque tollitur actio, ſed ea repellitur, & infringitur exceptione; veluti pacti conventi, doli mali, quod metus cauſa, & aliis, quæ recenſentur in *tit. inſtit. de exception.* ubi & illud traditum eſt, debitorem eſſe obligatum, & efficacem eſſe actionem, qua convenitur. Cùm reus principalis liberatur ope exceptionis, liberatur etiam fidejuſſor: non tamen ſemper. Diſtinguen- 5
dum autem eſt inter exceptiones reales, & perſonales. Si exceptio ſit realis, ut illæ, quas modo enumeravimus, & aliæ ſimiles, prodeſt etiam fidejuſſori, qui eadem exceptione ſe poteſt defendere. *L. ſi quis poſtquàm* 37. *l. ubicumque* 60. *L. Si ſtipulatus* 15. *L. ex perſona* 30. *ff. de fidejuſſ. L. omnes* 14. *ff. de except. L. defenſiones* 11. *C. eodem.*

Si vero exceptio ſit perſonalis: videlicet perſonæ debitoris principalis cohæreat, ejus perſonam non egreditur, nec eâ poteſt ſe tueri fidejuſſor *L. exeeptiones* 7. *in princ. ff. de exception. L. etſi* 24. *ff. de re judic. §. ult. inſtit. tit. de replicat. c. privilegium de reg. jur. in* 6.

His præmiſſis examinare oportet, quomodo per tranſactionem tum principalis, tum
etiam fidejuſſor liberentur. Perſpicuè id tra- 6
ditum *in d. L. & poſt rem.* 7. §. 1. *ff. de tranſact.* Ibi: *omnis cauſa & adverſus reum, & adverſus fidejuſſorem diſſoluta.* & in d. *L. fidejuſſores* 68. §. *ult. ff. de fideiuſſ.* Ibi: *non poſſunt conveniri fidejuſſores liberato reo per tranſactionem.* Si diſſolvitur omnis cauſa: ſi non poteſt conveniri fidejuſſor, ergo non liberantur ope exceptionis. Etenim quando ope exceptionis contingit liberatio, manet adhuc ſalva obligatio, & quæ ex ea naſcitur actio, quâ rectè, ac jure debitor convenitur. §. 1. *inſt. tit. de except.* Ibi: *palam eſt te jure civili eſſe obligatum, & actio, qua intenditur, efficax eſt.* & in §. 2. Ibi: *dare enim te oportet, cùm ex ſtipulatione tenearis.* & ſuprà: *Nam eam pecuniam à te petere poſſe eum certum eſt*, & in §. 3. Ibi: *nihilominus obligatus manet: quia pacto convento obligationes non omnino diſſolvuntur: qua de cauſa efficax eſt adverſus eum actio, quam actor in-*

tendit. & in §. 4 Ibi: *adhuc obligatus permanet.* Tranſactionem autem omnia jura extinguere, & dirimere omnes obligationes, & actiones, fatetur ipſemet Urceol. *in tractatu de tranſact. quæſt.* 8. *n.* 41. *& ſeqq.* Ergo ipſo jure tollit obligationem; conſequens autem eſt, etiam fidejuſſorem ipſo jure liberari.

7 Non ignoro, tranſactionem tribus modis fieri poſſe: per ſimplex pactum, per Aquilianam ſtipulationem, & per pactum, cui ſubjiciatur ſtipulatio; *l.* 2. *ff. de tranſact. L. ut reſponſum* 15. *C. de tranſact. L. cum mota* 6. *l. ſi ſuper* 9. *& l. ſeq. l. nec intentio* 23. *& l.* 33. *C. eod. l. ſi ſuperſtite* 5. *C. de dolo.* Si fiat per ſimplex pactum, liberatur fidejuſſor non ipſo jure, ſed ope exceptionis, quia ſimplici pacto inita ſolam exceptionem parit, *L. cum proponas* 17. *L. ſi quidem* 24. *L. ſive apud* 28. *C. de tranſact.* Quod tamen intelligendum eſt, ſi tranſactio ex una parte ſaltem non fuerit impleta. Ea enim impletâ ex una parte, alter obligatur etiam civiliter
8 ad implendum id, de quo convenit. Tranſactio enim eſt contractus innominatus: *vel do, ut facias: vel facio, ut facias, L. cum te tranſegiſſe* 5. *C. de tranſact.* Ibi: *ſi de fide contractus. l.* 5. §. 1. *& 2. per tot. ff. de præſcr. verb.* & ex hoc contractu naſcitur obligatio, & ex ea actio præſcriptis verbis *l.* 1. *§. item ff. de rer. permutat. l.* 2. *&* 3. *l.* 5. §. 2. *& ſeqq. ff. de præſcr. verb.* Hoc autem caſu non poteſt dubitari, omnino liberari fidejuſſorem, cùm fiat novatio prioris obligationis, in hanc novam obligationem, quam producit innominatus hujuſmodi contractus tranſactionis *L. Lucius Titius* 78. §. *ult. ff.*
9 *ad S. C. Trebell.* Et in hunc transfunditur vetus obligatio, quæ extinguitur omnino, non ſolum pro parte, quam tranſigens accepit, ſed in totum: nec reviviſcit etiam repertis poſtea inſtrumentis, *L. ſub prætextu* 19. *C. de tranſact. d. l. Lucius in fine ad Trebell.* ubi notanda ſunt illa verba: *Si non tranſactum eſſet, poſſe conveniri.* Ergo ſi tranſactum eſſet, conveniri non poſſet, qui tranſegit: cui conſequens eſt, ipſo jure liberatum eſſe. Eſt fortiſſimum argumentum, ut ait Papinianus in *l.* 1. *ff. de effic. ejus.* Sed nec imperiali quidem reſcripto poteſt vetus obligatio jam extincta reſuſcitari. *L. cauſas* 16. *C. eod.* Eſſentia enim novationis eſt conſtituere novam obligationem, ita ut prior perimatur *l.* 1. *in princ. ff. de novation.* Et quamvis ex conſtitutione Juſtiniani novatio non intelligatur facta, niſi id verbis exprimatur, *L. ult. C. de novation.* tamen, ut rectè ſtatuit Anton. Fab. *in Codice tit. de tranſact. defin.* 2. conſtitutio illa non com- 10
prehendit tranſactionem, in qua, niſi contrarium expreſſerint tranſigentes, naturâ ſua novatio continetur. Etenim cùm novatio pendeat omnino à voluntate contrahentium *d. l. ult. in fin.* Ibi: *& generaliter definimus, voluntate ſolum eſſe, non lege novandum*; manifeſtè apparet, tranſigentes voluiſſe à priori obligatione recedere, & novam conſtituere, quoniam à lite recedere voluerunt, & dubium, & incertum jus omittere, & vice ejus certum, indubitatum jus nanciſci. Optimè S. P. *in c.* 1. *de tranſact.* Ibi: *decernimus ut omnia inſtrumenta, & quicquid aliud eſt, &c. ſit vacuum, & omni virtute caſſatum, & ſola pactorum inter vos habitorum pagina, validum perpetuumque robur obtineat.* Quamobrem fatentur omnes DD. per tranſactionem fieri novationem; & præter Valeron. *tit.* 5. *quæſt.* 4. ipſemet *Urceol. quæſt.* 73. *per tot.* Novatione autem facta à principali debitore, fidejuſſores liberari certi juris eſt *L. novatione* 4. *C. de fidejuſſ.* Ibi: *liberatos eſſe non ambigitur, ſi modo in ſequenti ſe non obligaverunt. L. ubicumque* 60. *ff. eod. l. unic. C. etiam ob chirograph. pecun.*

Maximè vero fit novatio, quoties aut mu- 11
tatur forma contractus, aut in tranſactione adjiciuntur pacta incompatibilia cum priore contractu. Idque minimè dubium eſt, aut controverſum, ſed omnium Doctorum auctoritate confirmatum. In hac autem tranſactione, & forma contractus eſt omnino diſſimilis atque diverſa, & maxima eſt pactorum utriuſque contractus repugnantia. Quid enim commune habet cum cenſu hæc tranſigentium conventio. Forma, & ſubſtantia cenſus ea eſt, ut fiat & conſtituatur ſuper re

Digitized by Google

immobili, frugifera, certis finibus deſignata, & interveniat pecunia coram Notario numeranda, ut apparet ex bulla V. *de cenſibus*, & explicat Cenc. *de Cenſib. quæſt.* 53. *n.* 31. & ſi compararetur definitio cenſus ab eodem tradita, diſtinctèque & explicatè ſingulis verbis definitionis expoſitis explanata, nullatenus convenit cum hac tranſactione. Pacta quoque ſunt omnino pugnantia. In cenſu conſtitui debet jus in re, in tranſactione ſolum contrahitur obligatio, quæ perſonam afficit: in cenſu debetur annua reſponſio, in tranſactione nihil debetur annuum, quia ſumma, quæ debetur, fructifera non eſt, ſicut eſt prædium, ſuper quo cenſus imponitur: in cenſu emptor non poteſt repetere pretium, quod ſolvit: in tranſactione peti poteſt ſumma promiſſa iis conditionibus, quæ recenſentur in laudata *deciſ.* 17. *in princ.* in facti narratione.

Sed quid opus eſt circuitione, & anfractu, cum ipſi tranſigentes perſpicuè declaraverint voluntatem novandi illis verbis: *ricevuto che ſara detta ſomma di ſcudi cento, reſti eſtinto e riſoluto detto contratto del cenſo, &*
12 *ogni ragione, che per detta cauſa abiano ò aver poſſano detti, &c.* Quid enim eſt novatio? eſt prioris debiti in aliam obligationem translatio: hoc eſt, cum ex præcedenti cauſa ita nova conſtituitur, ut prior perimatur. Sunt verba Ulpiani in *l.* 1. *ff. de novation.* Non poterat clarius definiri noſtra controverſia. Nec obſtat, quod ex pacto naturalis tantum naſcatur obligatio, non autem civilis. *l. juris gentium* 7. §. *ſed cum nulla ff. de pact. l. ex placito* 3. *ff. de rer. permut.* tum quia novatio contingit etiam quando ſubſequens obligatio, in quam tranſfunditur, eſt ſolummodo naturalis *d. l.* 1. *in princ. ff. de novat.* tum quia ex tranſactione etiam civilis naſcitur obligatio, cum ſit contractus, ut diximus.

13 Hactenus de primo genere tranſactionis, quæ ſimplici pacto celebrata eſt. Ea, quæ fit per Aquilianam ſtipulationem, & ſubſequentem acceptilationem, abſque dubio liberat ipſo jure tum principalem debitorem, tum ejus fidejuſſores: quia acceptilatio habet vim ſolutionis §. *item per acceptilationem inſt. tit. quib. mod. toll. oblig. l. ſi ex pluribus* 16. *in princ. circa fin. ff. de acceptil. l. non ſolum autem* 7. §. 1. *ff. de liberat. legat.* Atque ideo non ſolum acceptilatio à reo facta liberat fidejuſſorem *l. in omnibus* 43. *ff. de ſolut.* ſed etiam acceptilatio fidejuſſoris liberat reum principalem *l. & per jusjurandum* 13. §. *ſi fidejuſſori, & l. ſi ex pluribus* 16 *ff. de acceptil.* Nam Aquiliana ſtipulatio adjecta tranſactioni, omnimodo perimit omnes præcedentes obligationes *l. Aquiliana* 4. *ff. de tranſaction. l. ut reſponſum* 15. *l. ſi cauſa* 32. *c. eod.*

Poſtremus modus tranſigendi eſt, cum 14
conventioni initæ inter tranſigentes adjicitur ſtipulatio, ut plerumque fit *l. cum mota* 6. *l. ſi ſuper* 9. *l. fratris* 10. *l. nec intentio* 23. *l.* 33 *c. de tranſact.* Et hoc eſt factum præſentis tranſactionis. Nam verbum *promitto* etiam in ſcriptura ſtipulationem inducit & continet. *l. ſciendum & ibi Angel. & DD. ff. de V. O. l. optimum* 14. *c. de contr. ſtipul* §. *item verborum* 12. *inſtit. tit. de inutil. ſtip.* §. *ſi ſcriptum* 15. *eod. tit. Paulus lib.* 5 *ſent. tit.* 7. unde §. *illum* deſumpſit Juſtinianus. Quapropter omninò dicendum eſt, reum principalem ipſo jure per tranſactionem fuiſſe liberatum, adeoque etiam fidejuſſorem. Cum enim, ut arbitror, etiam in contractu cenſûs intervenerit ſtipulatio, per ſtipulationem tranſactionis ipſo jure tollitur ſtipulatio cenſus *l. ſi unus* 27. §. *pactus ff. de pact.* Ibi: *prius pactum per poſterius eliditur, non quidem ipſo jure ſicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum eſt: quia in ſtipulationibus jus continetur, in pactis verſatur.* Idcirco ex tranſactione, in qua ſtipulatio fuit inſerta, naſcitur actio ex ſtipulatu, non datur actio præſcriptis verbis quemadmodum datur quoties per ſimplex pactum inita fuit. *l. cum mota* 6. *l. ſi pro fundo* 33. *c. de tranſact.* Quia tranſactio ſubjecta ſtipulatione non eſt amplius contractus innomi- 15
natus, ſed convertitur in contractum nominatum ſtipulationis, & ex ſtipulatione naſcitur obligatio, non ex tranſactione. Neque enim duæ ſunt obligationes, ſed unica tan-

Digitized by Google

tum obligatio verborum. *l. ſi ita fuerit 6. §. ult. cum l. ſeq. ff. de novat.* Idem dicendum eſt etiam de cenſu, cui adjicitur ſtipulatio: nam ex eo quoque datur actio ex ſtipulatu, quæ tollitur per ſtipulationem tranſactionis *l. ſuper 9. c. de tranſact.*

16 Hoc ampliùs mutatâ formâ contractûs, mutatis pactis, quomodòcumque id fiat, ſemper liberatur fidejuſſor, ut DD. omnes uno ore conſentiunt. Nam fidejuſſio, cum per ſtipulationem contrahatur, ſtricti juris eſt, *l. in actionibus 5. in fin. cum l. ſeq. ff. de in lit. jurand. §. actionum 28. cum ſeq. inſtit. tit. de action.* & quicquid adſtringendæ obligationis eſt, id niſi palam verbis exprimitur, omiſſum intelligendum eſt. Ita Celſus in *l. quicquid adſtringendæ 90. in princ. ff. de V. O.* Non poteſt igitur fidejuſſor neque primæva obligatione obſtrictus eſſe, quia eâ non tenetur ampliùs debitor principalis, adeòque nec fidejuſſor poteſt eſſe obligatus *l. 6. in fin. & l. fidejuſſor 16. in princ. ff. de fidejuſſ.* neque nova, quia in ea non ſe obligavit, & fidejuſſio non extenditur de caſu ad caſum, & multò minus de una conventione ad aliam *l. damni 18. §. ſi is qui 5. ff. de damn. infect. l. ult. in fin. ff. de pact. l. non à judice 64. §. 1. ff. de judic.*

17 Neque ad retinendum in obligatione fidejuſſorem quicquam prodeſt reſervatio jurium à creditore contra fidejuſſores adjecta, ſi fidejuſſor ipſe non conſentiat. Non poteſt enim creditor tranſigendo, privatis pactionibus lædere jus cæterorum, ut reſcripſerunt Imperatores Antoninus & Verus *l. 3. ff. de tranſact.* & Paulus in *l. Granius 71. §. ſi ponamus ff. de fidejuſſor.* Cùm enim ea ſit forma fidejuſſionis à jure præſtitutâ, ut ſit acceſſio principalis obligationis *§. fidejuſſores 5. inſt. tit. de fidejuſ. l. generaliter 5. l. hi qui acceſſionis 34. ff. de fidejuſſ.* & natura acceſſionis ſit ab eodem jure tradita, ut ſublato principali non poſſit conſiſtere *l. cum principalis, 78. ff. de R. J. c. acceſſorium de R. J. in 6.* non poteſt hoc jus tolli privatâ pactione. *l. jus publicum 38. ff. de pact. l. Neratius 20. in princ. ff. de religioſ. & ſumpt. funer.* Ibi: *quia pactio hoc jus publicum infringi non poſſit l. 1. §. ſi inter 9. ff. de magiſtrat. conven.* Ibi: *conventiones pupillo non præjudicare Divus Adrianus reſcripſit: conventione enim duumvirorum jus publicum mutari non poteſt. l. quod bonis 15 §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. cerdonem 42. ff. de oper. libert.* Non poteſt reus principalis ſua pactione iniquam conditionem inferre fidejuſſori. *l. non debet 74. ff. de R. J. c. non debet 22. de R. J. in 6. l. ſi quis ſuo 33. §. 1. verſ. hoc iniquum c. de inoffic. teſtam.* cum factum cuique ſuum nocere debeat, non alteri *l. factum ff. de R. J.*

Præterquam quod pacta, quæ repugnant 18
contractui, & legibus, jus aliquod ſecundum naturam actûs tribuentibus, non valent. *l. cum precario 12. in princ. ff. de precar. l. cum ultra c. de non numer. pec. l. rogaſti 11. §. ſi tibi decem ff. de reb. cred. l. illud §. 1. & ſeqq. & l. ſeq. & paſſim ff. de pact. dotal.*

Atque hæc in noſtra tranſactione ſunt evidentiſſima. Quid enim ſibi reſervat creditor? *Riſervandoſi pero le ragioni taliquali ſe gli competino contro i mallevadori.* Poſt extinctionem cenſûs, quænam jura competunt contrà fidejuſſorem? Profectò nulla. Nihil igitur ſibi reſervat: Nullum jus hæc reſervatio comprehendit. Cum enim reſervatio fuerit adjecta poſt declarationem extinctionis cenſus, & in illud tempus collata, quo nullum jus creditori eſt competiturum, utique nullum jus ſibi reſervat. Præſertim quia non ſibi reſervat ſimpliciter, & abſolutè jus & obligationem: ſed *jura talia, qualia* ſibi competent extincto cenſu: quæ verba demonſtrant jura, quæ non eſt habiturus. Demonſtratio autem, quæ denotat, atque deſignat rem, quæ non eſt in rerum natura, aut jus quod non competit, actum inutilem reddit. *l. ſi ſic legatum 75. §. 1. & 2. ff. de legat. 1. l. legavi 25. §. quod ſi ſic dixit ff. de liberat. leg. l. 1. §. ſed etſi dotem ff. de dote præleg. l. ſi ita ſtipulatus, 20. ff. de V. O.*

Examinemus modò fundamenta laudatæ 19
deciſ. 17 Probant autem ſapientiſſimi judices fidejuſſores non fuiſſe liberatos, impediente liberationem adjectâ reſervatione contra ipſos fidejuſſores, auctoritate Salycet. *in l. fin.*

Digitized by Google

l. fin. n. 3. c. de remiſſ. pign. & Bartol. *in d. leg. fin* Gloſſæ *in l. Paulus 12. verbo, remiſiſſe*, & ejuſdem Pauli *in d. l. Paulus ff. quib. mod. pign. vel hypothec. ſolvatur.* Hæc *n. 9. & ſeqq. d. deciſ.* 17.

Mirum profectò eſt, doctiſſimos viros ad revocandam ſententiam priorum judicum, qui meo judicio rectè judicaverant, & ad condemnandos fidejuſſores, adductos fuiſſe auctoritate Doctorum, qui ſolvunt quæſtionem à noſtra controverſia tam alienam, quàm quod maximè. Primùm enim illi agunt de pignore, nos de fidejuſſore, cujus eſt multò diverſa natura. Novum autem eſt, dicta Doctorum producere ad conſequentia, & ad ſimilia, quod ſoli legi tribuitur, quæ caſus omnes non poteſt comprehendere *l. non poſſunt 12. cum duab. ſeqq. ff. de legib.* Multò magis novum, trahere ad diſſimilia, atque diverſa: ſed hìc non conſiſto. Expendo, quid attineant ad hanc cauſam eorum auctoritas, & opinio.

20 Quæſtio, de quâ illi diſceptant, eſt ejuſmodi Paulus in *l. Paulus 12. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolvatur* reſpondit, quod ſi creditor conſenſerit, & permiſerit debitori ſuo, ut rem ſibi oppigneratam tertio creditori obliget, jus ſuum pignoris videtur remiſiſſe, non verò tertium in locum ſuccedere voluiſſe. Quærunt hìc Doctores, an videatur remiſiſſe hypothecam quoad omnes creditores quibus res illa eſt obligata. Gloſſa ait, videri remiſſum jus pignoris ſolùm quoad eum creditorem, cui permiſit obligari. Sed eâ communiter reprobatur, quia loquitur contra litteram textùs. Bartolus autem diſtinguit inter feminam & maſculum, & ait: hunc cenſeri remiſiſſe quoad omnes; illam verò ſolummodò quoad tertium per text. in *l. Jubemus C. ad S. C. Vellejan.* Contra verò Salycetus ita diſtinguit. Si creditor ſciens pignus à debitore alteri obligari, tacuit; ſilentium ei non præjudicat: ſi expreſſè conſenſit, aut conſenſum reſtrinxit ad tertium creditorem; ſolummodò quoad ad eum ſibi præjudicat, non quoad ad alios: ſi verò ſimpliciter, & abſolutè conſenſit, pignus remiſiſſe videtur, & quod ad omnes ſibi præjudicat, ſive ſit maſculus, ſive femina. Salycetum ſequitur Bich. *in d. deciſ. 124. n. 19. & ſeqq.* Ronchagal. & alii.

Quid, oro te, amice jucundiſſimè, commune habet, aut ſimile hujuſmodi quæſtio cum noſtra cauſa. In hac quæritur de voluntate: in noſtrâ de poteſtate. In hac ille, qui privatur jure ſuo, conſentit, & quidem expreſſè, tacens enim pro conſentiente non habetur: in noſtra fidejuſſor; qui privandus eſt beneficio liberationis, nullum præſtat conſenſum, & privatur invitus. In hâc creditor remittit jus proprium, quod habet: in noſtra remittit jus alienum. Dixi breviter, & fortaſsè paulo obſcuriùs, ſed ſi potero, 21
clariùs explicabo. Creditor, cui pignus à 22
debitore fuit obligatum, poteſt quandocumque & quomodocumque pignus remittere, & rem ſibi obligatam à nexu pignoris liberare. Dimittit enim jus, quod habet, & juri ſuo renunciat, quod cuique facere licet *l. pactum 46. in fin. ff. de pact. l. penult. verſ. cum alia, c. eod. l. ſi judex ff. de minor. l. invito ff. de R. J.* Poteſt igitur creditor remittere jus pignoris, & rem obligatam à nexu pignoris liberare: nam obligatio pignoris & conſenſu contrahitur, & diſſolvitur: ut aïunt Severus, & Antoninus in *l. 2. c. de remiſſ. pign.* ſed creditoris conſenſus eſt neceſſarius: ignoranti enim & invito non poteſt ei jus pignoris à debitore auferri, etiamſi reipublicæ pignori dederit. *l. 3. cod. eod. l. penult.* & *l. ult. c. eod.* Poteſt etiam creditor renunciare ſecundo creditori jus quod habet, ut ei præferatur: ſed ſicut illud, ita hoc pendet à voluntate creditoris, quæ in his ſola ſpectatur. *l. creditor 12. §. ſi tecum ff. qui pot. in pig. habeantur.* In his igitur de poteſtate nulla exiſtit controverſia, cum certum ſit, & indubitatum, unumquemque poſſe jus ſuum à ſe abdicare, & vel extinguere, vel in alium transferre, atque alteri cedere. Solùm in his verſatur quæſtio voluntatis: ſcilicèt an inter creditorem, & debitorem id actum fuerit, ut à pignore diſcedatur, vel ut ſecundus creditor in locum ejus ſuccedat, de quâ in laudata *l. Paulus & in l. ſi debitor 4. §. 1. & ſeqq. l. ſolvitur l. ſi conſenſu &*

Digitized by Google

aliis ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv. ut. l. 1. *L. ſi eo tempore* 6. *& duab. ſeqq. C. de remiſſ. pign. l. creditor* 12. §. *ſi tecum ff. qui potior. in pign.* in quibus omnibus conſenſus requiritur creditoris, qui jus ſuum amittit, quod ipſi invito auferri non poteſt *l. id quod noſtrum ff. de R. J.*

23 In cauſa vero, de qua agimus, contraria omnia: in hac enim non verſatur quæſtio voluntatis, ſed poteſtatis. Etenim voluntas creditoris tranſigentis privandi fidejuſſorem beneficio liberationis, certa eſt & expreſſa in ipſa tranſactione. De poteſtate ſolùm quæſtio eſt, an poſſit eum privare hoc beneficio, quod ipſi à jure conceditur, *l. in omnibus ff. de ſolut.* ut ſupra copioſè, & luculentè probavimus. In ſuperiore quæſtione creditor amittit jus ſuum ſua voluntate, atque conſenſu, ut probavimus: in hac ei aufertur invito. Si hic quoque fidejuſſor conſentiret, utique non liberaretur. *l. novatione* 4. *c. de fidejuſſorib.* Ibi: *novatione legitimè perfecta debiti in alium tranſlati, prioris contractus fidejuſſores, vel mandatores liberatos eſſe non ambigitur: ſi modo in ſequenti ſe non obligaverunt.* Animadvertere oportet in his verbis, quod pro veteri contractu non manent obligati, etiamſi conſenſerint, quia repugnat naturæ fidejuſſionis, quæ eſt acceſſio principalis obligationis, ut extincta principali obligatione ſubſiſtat; poſſunt tamen pro novo contractu ſe obligare. Itaque abſurdum eſt, putare fidejuſſores pro cenſu, videlicet pro veteri contractu, manere obligatos: cum neque conſenſum præſtiterint, neque ſi præſtitiſſent, id conſequi potuiſſent, repugnante juris diſpoſitione, & naturali ratione. Itaque creditor abdicat, aut cedit jus ſuum volens lubens, imò ipſe ſeipſum privat ſuo jure: contra hìc fidejuſſor ignorans & invitus amittit jus ſuum, atque ipſi à creditore aufertur. Vides igitur omnia eſſe contraria, & caſus non ſolum eſſe diverſos, ſed inter ſe pugnare. Quid igitur deferendum putas huic illationi? *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de R. J.*

24 Cum hæc evidentiſſima ſint, ſilentio non poſſum prætermittere, quod periculoſum admodum eſt argumentum, quod ducitur à pignore ad fidejuſſorem. Licèt enim liberato reo principali ſemper liberetur fidejuſſor *l. in omnibus ff. de ſolut.* tamen non ſemper liberantur pignora, etiamſi ſublata fuerit actio perſonalis *l.* 2. *C. de ſolution. pign.* Ibi: *intelligere debet vincula pignoris durare perſonali actione ſubmota l. cum quis* 38. §. *ult. ff. de ſolution.* Ibi: *qui pro te apud Titium fidejuſſerat, pignus in ſuam obligationem dedit: poſt idem heredem te inſtituit. Quamvis ex fidejuſſoria cauſa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.* Alia exempla proponuntur in *l. qui occidit* 30. §. 1. *verſ. ſed an. ff. ad Leg. Aquil. l. ſervum* 27. *ff. de pignor. l. cum notiſſimi* & ibi DD. *C. de præſcript.* 30. *annor.* Pignus enim ſemel rectè conſtitutum non niſi certis modis ſolvitur: videlicet ſi pecunia ſoluta fuerit, vel eo nomine ſatisfactum creditori. *l. grege* 13. §. *etiam ff. de pign. l. ſi rem* 9. §. *omnis ff de pignor. act. l. ſi fundus* 16. § *in vindicatione ff. de pignor. l. aliquando* 13. §. *de pignoribus ff. ad S. C. Vellejan.*

25 Simile eſt argumentum fundatum auctoritate Cavanat. *conſ.* 11. & Rot. Roman. *cor. Bich. decis.* 124. & poſt Merlin. *de pignor. decis.* 103. *N.* 27. nam res apud illos controverſa à propoſita quæſtione eſt longe diverſa. Quærunt enim, an ex duobus correis debendi, uno liberato, liberetur etiam alter. In his autem explorati juris, quod uno ex iis liberato, alter non liberatur, niſi prior ille fuerit liberatus per ſolutionem, aut alium modum, qui vicem ſolutionis obtineat; quia iniquum admodum eſſet, creditorem bis idem exigere. *l.* 3. *in fin. ff. de duobus reis l.* 2. *in fin. ff. eod. l. bona fides.* 57. *ff. de R. J. l. Si quis dolo* 52. *in fin. ff. de re judic. l. ſi fidejuſſor.* 29. §. *hoc idem, & l. ſi quis alicui* 27. §. *ult. l. creditor* 60. §. *duobus ff. mand.* Cæterum aliis modis liberato uno ex correis, alter non liberatur, etiamſi in rem pactus fuerit *l. fidejuſſoris.* 23. *juncta l. idemque* 25. *ff. de pact.* quæ duæ leges ſimul jungendæ ſunt, cum ex eodem libro tertio Pauli ad Edictum ambæ fuerint depromptæ, ut rectè monet Vinn. *de pact. cap.* 16. & Cujac. *ad lib.* 3. *Pauli*

ad edictum in explicatione d l. 23. *in fin.* clarius in *l.* 3. §. *nunc de effectu* 3. *ff. de liberat. leg.* Itaque nec fidejuſſor liberatur pacto ſui confidejuſſoris *d. l. ſi fidejuſſor.* 23. *ff. de pact. l ſi ſtipulatus.* 15. §. 1. *ff. de fidejuſſor.* Nec tutor aut curator pacto aut tranſactione alterius tutoris aut curatoris, qui ſimul cum eo tutelam curamve communiter, vel ſeparatim geſſit. *l.* 1. *C. de tranſact.*

26 Contraria regula tradita fuit in liberatio-
ne debitoris principalis quod ad ejus fide-
juſſorem in *l. in omnibus, ff. de ſolut.* Ibi : *in*
omnibus ſpeciebus liberationum etiam acceſſio-
nes liberantur : puta adpromiſſores, hypothe-
ca, pignora : adpromiſſores, id eſt, fide-
juſſores. *l.* 5. §. *ſatis accepto ff. de V. O.*
Quamobrem etiam pacto rei principalis fi-
dejuſſor liberatur. *l. & heredi* 21. §. *ult. ff.*
de pact. Hujus autem differentiæ plures ſunt
rationes. Prima, quia fidejuſſoris obligatio
27 eſt acceſſio principalis obligationis, & fide-
juſſor eſt, qui acceſſionis causâ obligatur §.
fidejuſſores. 3. *inſtit. tit. de fidejuſſ. l. generaliter.* 5. *in princ. l. hi qui acceſſionis.* 34.
ff. de fidejuſſ. non poteſt autem eſſe acceſſio,
niſi ſit aliquid principale, cui adhæreat &
innitatur. §. *cum in ſuo* 29. *inſtit. de rer. divis. l.* 2. *ff. de pecul. legat. l.* 2. *ff. de ſuperfic.* adeoque ſublata quocumque modo
principali obligatione, etiam fidejuſſoris
obligatio tollatur, neceſſe eſt. *l. nihil dolo.*
129. §. 1. *l. cum principalis.* 178 *ff de R. J.*
28 *c. acceſſo ium de R. J. in* 6. Altera, quia na-
tura & forma principalis obligationis, & fi-
dejuſſionis fermè ſunt unius modi, & hæc
ab illa pendet ; adeò ut exceptiones omnes,
quæ reo principali dantur, fidejuſſori communicentur. *l. ſi ſtipulatus.* 15. *l. ex perſona.* 32. *ff. de fidejuſſ. l. exceptiones.* 6. §. 1. *l. omnes.* 29. *ff de except. l. defenſiones* 11. *C eod.* §. *ult. inſt. tit de replic.* ubi hæc etiam ratio redditur, quia quod à fidejuſſoribus petitur, ab ipſo reo peti videtur : quod ex Sabini ſententiâ ſcripſerat multò antè Ulpianus in *l. adverſus.* 29 *ff. de recept. arbitr. qui à fidejuſſore petit τῇ δυνάμει à reo petit* : hoc eſt, *poteſtate*, ſeu ut dialectici aïunt, *potentiâ* : adeoque incurrit in pœnam perinde ac ſi à reo peteret. Hæc autem non conveniunt duobus reis : nam nec exceptio unius communicatur alteri : nec obligatio unius eſt acceſſio obligationis alterius, cum ambæ ſint æquè principales. *L.* 2. *& paſſim. ff. de duob. reis.*

Poſtrema ratio eſt, quia pactum cum de- 29
bitore factum prodeſt tum ipſi debitori, qui paciſcitur : tum aliis obligatis, ſolummodò quoties debitoris paciſcentis intereſt, eos ab obligatione liberari. *l. & heredi.* 21. *ff. ult. cum ſeqq. ff. de pact.* Quibus efficitur, neque unius rei liberationem prodeſſe correo : neque unius fidejuſſoris alteri confidejuſſori : neque tutoris contutori ; quia eorum, qui liberati ſunt, nihil intereſt, alios ſimul obligatos liberari, niſi ſocii ſint. *L fidejuſſoris* 23. *ff. de pact. L.* 3. §. *nunc de effectu. ff. de liberat. legat.* Contrà verò pactum, & liberatio rei principalis prodeſt fidejuſſori, quia rei principalis intereſt, fidejuſſorem quoque liberari : quoniam fidejuſſor habiturus eſt regreſſum adverſus ipſum reum: quocirca inutilis efficietur reo liberatio, qui poterit à fidejuſſore, ſi non à creditore conveniri. *d. l.* 21. *in fin d. l.* 3. §. 3. Quam igitur utilitatem percipiet ex liberatione ? plane nullam. *d. l.* 3. *l. ult.* §. *ult. C. de uſur. rei judic. l. quod dictum.* 32. *ff. de pact. l. Sed ſi pater* §. *non ſolum ff. de S. C. Maced. l. cum Lex* 46. *ff. de fidejuſſ. l.* 1. §. *exceptionem. ff. quar. rer. act. non dat.*

His prælibatis, perſpicuè apparet, docto- 30
res in propoſitâ deciſione allegatos ad noſtram quæſtionem nullatenùs pertinere. Omnes enim agunt de duobus reis, & ſtatuunt, uno ex illis per pactum liberato, alterum liberatum non eſſe : idque veriſſimum eſt, ſed fidejuſſori non convenit, de quo contrarium à jure conſtitutum fuiſſe probavimus. Hoc amplius in *deciſ.* 134. *cor. Bichio* non ſolùm Sulpitius fuerat correus communitatis Signinæ in imponendo cenſu, ſed poſteà conſtitutus erat unicus debitor ac reus, quia in affictu contracto cum communitate cenſum ſibi accollaverat, ut refert Carill. *deciſ.* 90. *in princ.* ubi factum narrat

Digitized by Google

enucleatè, & indicat ipſe Bichius *n.* 27. *in deciſ.* 103. *poſt* Merlin. *de pignor.* Similiter erant plures hæredes, qui ſinguli in ſolidum, & principaliter erant obligati, ut ibi probatur: nec ibi agebatur de pacto de non petendo facto cum uno ex heredibus, ſed de dilatione per biennium, quam mater filio fecerat, ut interim poſſet dotem ſibi debitam exigere ab aliis coheredibus. *ibi n.* 24. Dilatio autem ad ſolvendum conceſſa debitori ipſum non liberat ab obligatione, dies enim adjectus differt ſolutionem, non impedit obligationem. §. *omnis inſt. tit. de V. O. l. centeſimis* 46. *ff. eod. l. in diem.* 10. *ff. de condict. indeb. l. cedere diem.* 212. *ff. de V. S.* Si igitur non liberatur ipſemet hæres, qui paciſcitur, multo minus poſſunt liberari coheredes, qui expreſſim in pacto fuerant excluſi ab ipſo beneficio dilationis. Quamobrem jure ac merito Rota *ibi n.* 25. *& ſeqq.* decidit, pactum illud neque novationem neque liberationem inducere, atque adeò dici non poſſe, etiam cohæredes fuiſſe liberatos. Miror profectò, his auctoritatibus fundatam fuiſſe deciſiorem quam examinandam te mandante ſuſcepi.

31 Illud adhuc addo, quod etiamſi de duobus reis ageretur, tamen tranſactione unius alter quoque fuiſſet liberatus tum vi novationis, ut initio diximus ac probavimus: tum vi ſolutionis. Solutio enim liberat etiam correum vel invito ac repugnante creditore. §. *ex hujuſmodi inſtit. tit. de duob. reis princ. tit. inſtit. quib. mod. toll. oblig. l. ſolutione* 23. *l. ſolvere.* 53. *ff. de ſolut. l. ſolvendo* 39. *ff. de negot. geſt.* Solutis igitur à debitore centum, quanti fuit inter creditorem & debitorem, utriuſque conſenſu lis æſtimata, ſolutione ejus, quod debet, liberatur debitor ab obligatione: eoque per ſolutionem liberato indubitati juris eſt, liberati etiam omnes alios obligatos. *d.*
32 *princ. tit. inſtit. de ſolut.* & paſſim. Nec officit quod tota ſumma cenſus ſoluta non fuerit. Etenim cum jus cenſus eſſet incertum, & controverſum, creditor pro ea ſumma tranſigendo, tanti videtur æſtimaſſe jus ſuum, ut in ſimili reſpondit Paulus in. *l. Sed ſi non ſervus.* 36. *in princip ff. ad Leg. Falcid.* nec quicquam amplius poterat à debitore extorquere, ut reſpondit Papinianus *in l. Imperator.* 70. § 1. *ff. de leg.* 2. ſed eâ ſumma contentus eſſe debebat, cum ipſe 33
juri ſuo ejuſmodi pretium conſtituerit. Dubius enim litis eventus, incommoda, impenſæ, aliaque, quæ neceſſariò lites comitantur, valde minuunt ſummam debitam. Ulpian. *in l nam hoc modo.* 11. *ff. de hæred. vel act. vend. Hoc modo admittitur eſſe venditionem: ſi qua ſit hæreditas, eſto tibi empta: & quaſi ſpes hereditatis: ipſum enim incertum rei teneat; ut in retibus.* Hoc incertum habet æſtimationem, quam ipſi dederint contrahentes, *ut in retibus*, ait J C. videlicèt quemadmodum cum emitur jactus retis, nempe captus piſcium, vel avium. *l. ſi jactum.* 12. *ff. de action. empt. l. nec emptio.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt.* idemque eſt cum emitur partus naſciturus, vel fructus futuri. *d. l.* 8. *in princ.* Nam & id quod incertum eſt, poteſt æſtimari, *d l. ſi jactum.* 12. *de act. empti.* & qui ſolvit illam æſtimationem, ab obligatione per ſolutionem liberatur. *d. l. ſi jactum.* Incertum quoque emitur, & æſtimatur cum emitur nomen debitoris, qui ſub conditione debet. *l nomina.* 17. *& l. multum.* 19. *ff. de hared. vel act. vend.* imò, & cum emitur nomen debitoris cujuſcumque: licèt enim certam ſummam debet, tamen incertum eſt, quid ab eo poterit exigi: vel cum emitur actio, ut in *l. venditor.* 24. *ff. eod.* Nemo autem dixerit, me non ſolvere integram ſummam, ſi ſolvero quinquaginta, quanti fuit æſtimata, licèt actione illa centum peti poſſint. Ad 34
rem noſtram. Tranſigentes pepigerunt de ſumma centum ſcutorum: tanti incertum litis æſtimarunt: tanti creditor æſtimavit actionem ſuam, nomenque debitoris: ſoluta hac ſumma creditori ſecundum conventionem, & æſtimationem utriuſque conſenſu conſtitutam, quis neget hac ſolutione plenè ſatisfactum fuiſſe creditori, & per ſolutionem debitorem fuiſſe liberatum? Atque id actum fuiſſe inter contrahentes ipſi

Digitized by Google

manifeſtò declararunt paciſcendo, ut ſolutione conventæ ſummæ extingueretur & reſolveretur cenſus & omne jus quod ex ea cauſa poſſet provenire. Manifeſtum igitur eſt compertumque, ſolutione peremptam extinctamque fuiſſe principalem obligationem, adeòque etiam omnes alias, quæ ipſi acceſſerant: nam ea ſic extincta, non poſſunt amplius ſubſiſtere: Imò vero, ne quidem ſi iterum ſe obligaverint, nova obligatione poterunt obſtringi: nam qui fieri poteſt, ut obligetur ad præſtandum cenſum, aut ſolvendos ejus fructus extincto jam, & reſoluto cenſu? repugnat, & naturalis, & civilis ratio. Deficiente enim re, quæ in obligationem deducitur, conſiſtere non poteſt obligatio. *l. cum illud* §. 1. *ff. quand. dies leg. ced. l. cum certus* 5. *ff. de trit. vin. & ol. leg. l. nec emptio* 8. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 1. §. *ſi id quod* 9. *ff. de oblig. & act. l. ſi homo* 69. *ff. de V. O. l. inter* 83. §. *ſacram verſ. & ea dumtaxat ff. eod.*

35 Nihilo magis ad rem pertinet *deciſ.* 169. Nam ibi reus duabus obligationibus erat obſtrictus: alterâ tamquam hæres cum beneficio legis, alterâ nomine proprio, qua ſe per ſtipulationem obligaverat. Poteſt enim quilibet pro eadem re duabus obligationibus teneri *l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de R. J. l. & an eadem* 14. §. *actiones ff. de except. rei judic.* maximè ſi altera ſit proprio nomine contracta, altera vero hæreditaria *l. generaliter* 5. *verſ. reum verò, & verſ. refert autem ff. de fidejuſſor.* Poteſt igitur pacto vel tranſactione reus duabus obligationibus obſtrictus ab una liberari, retentâ altera. In laudata deciſione liberatus erat obligatione hæreditaria, non autem obligatione, qua ipſe ſua promiſſione, nomine proprio, ſe obſtrinxerat. At in noſtra ſpecie D. Octavius tenebatur ſolùm tamquam hæres beneficiatus, nec ipſe nomine proprio ſe obligaverat: cùm igitur tamquam hæres liberatus fuerit in tranſactione: & eo amplius etiam bona hæreditaria fuerint nominatim liberata, nulla ſupereſt obligatio, cui poſſit inniti obligatio fidejuſſoris: præſertim quia fidejuſſor initio tempore contractûs pro cenſu ſe obligaverat, qui eſt jus in re: ac propterea liberatâ re, ſuper qua cenſus fuit impoſitus, non poteſt manere fidejuſſor obligatus.

Infirmatis ac refutatis argumentis, quibus fundatur deciſio, quam examinamus, modo revertamur ad confirmandum exquiſitiùs, quod dicebamus, fidejuſſorem propoſitâ tranſactione fuiſſe liberatum. Regula juris eſt 36
certiſſima, fidejuſſorem liberari, quotieſcumque habiturus eſſet regreſſum adversùs principalem debitorem: eâ evidenti ratione, quia fruſtrà liberatus eſſet à ſuo creditore debitor, ſi poſſet à fidejuſſore conveniri. Quid enim debitoris intereſt utrum à creditore, an à fidejuſſore conveniatur, & cogatur ad ſolvendum. Tradita eſt hujuſmodi regula paſſim in jure noſtro. In *l. cùm Lex* 46. *ff. de fidejuſſ.* Ibi: *fidejuſſor quoque liberatur: eo magis quia per ejuſmodi actionem ad reum pervenitur.* In *l.* 1. §. *exceptionem ff. quar. rer. act. non datur.* Ibi: *etenim parvi refert, protinùs libertus cogatur dare, an per interpoſitam fidejuſſoris perſonam l. ult. in fin. C. de uſur. rei judic.* Ibi: *cùm enim interventor ſolvere compellebatur, & ipſe reum coercebat ad invitam ſolutionem, nullum condemnatus habebat ſenſum noſtræ humanitatis, quia per medium fidejuſſorem ſtatim ſolvere compellebatur. l.* 3. § *nunc de effectu ff. de liberat. leg. alioquin dum à correo meo petitur, ego inquietor. l.* 5. *in princ. ff. eod. alioquin ſi fidejuſſorem cœperit convenire, alia ratione reus convenitur. l. quod dictum* 32. *ff. de pact. l. ſed ſi pater* 9. §. *non ſolùm ff. de S. C. Macedon. l. adverſus* 29. *ff. de recept. arbitr.* ubi qui petit à fidejuſſore, τῷ δυνάμει à reo petit, & incidit in pœnam impoſitam petenti ab ipſo reo, perindè ac ſi ab ipſo reo peteret §. *exceptiones* 1 *Inſt. tit. de replicat.* Ibi: *& rectè, quia quod ab iis petitur, id ab ipſo debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus eſt eis, quod pro eo ſolverint.* Eſt ergo regula conſtans, & perpetua, quod, quando fidejuſſor habiturus eſt regreſſum contra reum principalem, liberato reo, ipſe quoque liberatur. Tribus autem in cauſis fidejuſſor non habet regreſſum contra reum principalem, cùm ei non detur neque man-

dati actio, neque negotiorum geſtorum,
37 Prima, ſi fidejuſſerit pro debitore invito ac repugnante *l. qui fide alterius 53. ff. mandat. l. ſi pro te 40. ff. eod. l. fin. C. de negot. geſt.* Altera, ſi donationis cauſa fidejuſſerit: non poteſt enim repetere, quod donavit *l. ſed ſi pater 9. §. non ſolum ff. de S. C. Macedon. l. quod dictum 32. ff. de pact. l. 5. in princ. ff. de liberat. leg.* Tertia, ſi in rem ſuam fidejuſſerit, & ad eum pecunia pervenerit, quo caſu pro reo accipiendus eſt *l. ſed ſi fidejuſſor 24. ff. de pact. l. 5. in princ. & in §. 1. ff. de liberat. leg.* His cauſis exceptis fidejuſſor habet regreſſum adverſus debitorem principalem, pro quo ſolvere compellitur, ut ſibi reſtituat, quod ſolvit; ad quod repetendum datur ei actio mandati vel negotiorum geſtorum. *§. ſi quid autem 6. inſtit. de fidejuſ. l. idemque 10. §. fidejuſſores ff. mandat.* adeoque ex modo explicata regula neceſſe eſt, ut liberato reo, liberetur etiam fidejuſſor.

38 Neque has actiones ipſi poteſt auferre reſervatio, & proteſtatio creditoris: quia jus noſtrum nobis invitis auferri non poteſt, aut fieri deterior noſtra conditio. *l. nec filius 7. C. de reb. cred. l. id quod noſtrum ff. de R. J. l. debitorem 15. C. de pignor. l. ſolvendo 39. ff. de negot geſt. l. 1. in princ. ff. de tranſact.* Ibi: *Imperatores Antoninus & Verus ita reſcripſerunt. Privatis pactionibus non dubium eſt, non lædi jus cæterorum. Quare tranſactione &c. l. 1. C. res inter alios acta*, Ibi: *Inter alios factam tranſactionem abſenti non poſſe facere præjudicium, notiſſimi juris eſt, l. ſi unus 27. §. pacta 4. verſ. ante omnia ff. de pact.* Ibi: *ante omnia enim animadvertendum eſt, ne conventio in alia re facta, aut cum alia perſona, in alia re aliave perſona noceat. l. quo tutela 73. §. ult. ff. de R. J.* Ibi: *nec paciſcendo nec legem dicendo, nec ſtipulando quiſquam alteri nocere poteſt*: & in *l. ſeq. non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. §. ult. inſt. tit de his qui ſunt ſui vel alien. juris.* Ibi: *nec cui-*
39 *quam hominum jus ſuum detrahi oportet.* Ita reſpondit Antoninus Imperator. Idque adeo verum eſt, ut contra nec princeps ipſe reſcribat *l. 2. §. merito 13. & §. ſi quis à Principe ff. ne quid in loco publ. l. 2. C. de precib. imper. offert. l. ſi teſtamentum 10. C. de teſtam. l. 5. C. de revoc. don. L. auctoritatem 3. C. unde vi l. nec avus C. de emancip. liber.* Sine ulla igitur controverſia fidejuſſor, qui tranſactioni non intervenit, eique conſenſum non præſtitit, omne jus retinet adverſus debitorem, omneſque actiones, quas ei debitor paciſcendo cum creditore non potuit auferre. Atque remanentibus penès fidejuſſorem actionibus, quibus poteſt convenire reum principalem, ipſe quoque fidejuſſor liberatur juxta regulam modò traditam: ergo certiſſimum eſt in propoſita cauſa fidejuſſorem fuiſſe liberatum. De hac inſuperabili difficultate altum ſilentium in laudata deciſione.

Aliud quoque præſto eſt fidejuſſori tutiſſimum præſidium, quo ſe à creditore conventus tueatur, exceptio cedendarum. Ete- 40
nim creditor fidejuſſori præſtare debet actiones *l. cum is 36. ff. de fidejuſ. l. cum alter 11. C. eod.* & ſi non poſſit actiones cedere fidejuſſori ad ſolvendum parato, repelli ab agendo debet hac exceptione *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi creditor penult. ff. de ſolut. l. ſi pupillus 45. ff. de admin. tutor.* & ad utramque legem videndus Cujacius: ſunt enim admodùm obſcuræ. Facit text. *in l. ſi mandatu 13. in l. fidejuſſoribus 17. ff. de fidejuſ. l. Papinianus 28. & l. qui 43. ff. mandat.* Neque hoc beneficium à lege conceſſum fidejuſſori poteſt ipſi invito pactione creditoris auferri, quâ juri publico derogari non poteſt *l. ſi arrogator §. 1. ff. de adoption. l. jus publicum 38. ff. de pact. l. Neratius 20. in princ. verſ. quia pacto ff. de relig. & ſumpt. fun. l. 1. §. ſi inter ff. de magiſtr. conven. l. quod bonis 15. §. 1. ff ad Leg. Falcid. l. cerdonem 42. ff. de oper. libert.* Imo etiamſi non à lege ſed pactione ipſius creditoris fuiſſet exceptio quæſita fidejuſſori, tamen contraria pactione non poſſet ipſi creditor eam auferre, & privare ipſum beneficio, quod ejus facto fuerat ipſi acquiſitum *l. ult. ff. de pact.* Nam & naturalis, & civilis ratio ſuadet, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, & inviti nos facere poſſe,

Digitized by Google

deteriorem non poſſe *l. ſolvendo* 39. *ff. de negot. geſt.*

41 Reſpondent ad hoc primò, quòd ſi fidejuſſor non indiget ceſſione actionum, ut poſſit agere contra reum principalem. Sed inanis eſt hæc reſponſio. Neque enim quærimus, utrum indigeat ceſſione actionum: ſed an ei jure conceſſum ſit hoc beneficium cedendarum actionum, & an eo poſſit privari à creditore. Si habet hoc beneficium, ut verè habet, eoque privari non poteſt pactione creditoris, conſequens eſt, eum exceptione cedendarum actionum repellere poſſe agentem creditorem; quia creditor nullas habet actiones, quas cedere poſſit, aut inefficaces ad conſequendum. Neque officit, quod alio remedio poſſit ſuum conſequi. Tralatitium
42 enim, plura remedia à jure concedi, pluresque in eamdem rem actiones, plures exceptiones, ut laxior ſit agendi facultas, ut docet Papinianus in *l. cùm filius* 76. *§. variis ff. de legat.* 2. Et de actionibus exempla paſſim occurrunt in *l.* 1. *C. commun. de legat.* in *l. quod in herede* 9. §. 1. *ff. de tribut. act. l. pro ſocio* 38. *& l. ſed ſi ex cauſa* 47. *ff. pro ſocio l. & an eadem* 14. *§. actiones ff. de except. rei judic. l. non eſt novum* 10. *ff. de action. empt.* De exceptionibus autem in *l.* 2. *§. item quæritur* 4. *cum §. ſeqq. ff. de dol. mal. & met. exc.* & explorati juris eſt, neminem prohiberi pluribus exceptionibus uti, etiamſi diverſæ ſint, niſi lex ipſa impediat *l. nemo* 8. *ff. de exception. l. nemo* 43. *ff. de R. J. c. nullus* 20. *de except. in* 6. Præſertim verò in caſu noſtro, in quo duæ exceptiones non proveniunt ab eadem cauſa: & ampliùs quod exceptio cedendarum plenior eſt exceptione pacti. Quocirca illud etiam falſum eſt, quod eâ non indigeat fidejuſſor. Sed fruſtrà de hoc quæritur, ut modo dicebam; ac ne ipſi quidem judices in hoc inſiſtunt, ſed id obiter tantummodo attingunt.

43 Reſpondent igitur, quòd ex illa reſervatione contra fidejuſſores deducitur, id tacitè actum fuiſſe inter creditorem & debitorem, ut creditor poſſet cedere actiones fidejuſſori convento, & ad ſolvendum parato, quibus poſſit à debitore, quantumcumque ſolverit, recuperare. Sed hæc reſponſio nec ullâ lege nititur, nec ullo rationis juriſque fundamento. Allegant quidem illi textum in *l. niſi hoc actum* 22. *ff. de pactis* ubi hoc apertè diſponi affirmant, ejuſque verba afferunt, quaſi illis hæc controverſia definiatur ibi *n.* 26. ſed ea nihil ad rem noſtram. Ibi enim agitur de exceptione pacti conventi, non de exceptione cedendarum, quæ ab ea eſt longè diverſa. Etenim lex illa connexa eſt ſuperiori legi, in qua nominatur exceptio pacti, & de ea ſolummodo quæritur, an proficiat fidejuſſori. Satis eſt, legem utramque vel curſim legere, ut intelligatur, quam perperàm ad hoc allegetur. Enimvero non ſolùm id nulla lege conſtitutum eſt. Sed lex huic tacitæ interpretationi repugnat ac refragatur. Si enim creditor poteſt cedere, imo cedere cogitur actiones ſuas fidejuſſori, habebit hic regreſſum adverſùs principalem debitorem. Conſtans autem & perpetua juris regula eſt, liberari fidejuſſorem, quoties habiturus eſt regreſſum adverſus principalem liberatum, ut paulo antè demonſtratum eſt. Repugnat etiam ratio, & voluntas ipſius debitoris. Quorſum enim paciſcatur à ſe non peti, ſi poterit conveniri, & cogi ad ſolvendum à fidejuſſore? Quid enim refert debitoris, utrum cogatur ſolvere à ſuo creditore, an à fidejuſſore? *l.* 1. *§. exceptionem ff. quar. rer. act. non dat. l. ult. in fin. C. de uſur.* & aliis ſupra allatis. An vero veriſimile eſt debitorem tranſigendo id egiſſe, ut nullum emolumentum ex tranſactione perciperet? Repugnat huic voluntati natura ipſa tranſactionis, quæ eo fit, ut à lite diſcedatur, ut lis finiatur, & finita amplius non reviviſcat *l. fratris* 10. *C. de tranſact. l. cauſis* 16. *C. eod.* Reviviſceret autem lis, ſi creditor cederet actiones fidejuſſori, quibus ageret contra debitorem: nam cùm ſint eædem actiones, quibus debitor ab ipſo creditore conveniebatur, eadem controverſia eſſet in judicio diſceptanda, eademque lis denuo inſtauraretur. Sed fac eam fuiſſe voluntatem tranſigentium contra omnem veriſimilitudinem: quid tum? an hoc pendet à voluntate contrahentium? minime vero: hujus rei om-

Digitized by Google

nis poteſtas in jure ſita eſt, quod creditorem compellit ad cedendas actiones, ſi quas habet, fidejuſſori ſolventi: & ſi non poſſit, aut nolit cedere, tuetur fidejuſſorem, ne cogatur ad ſolvendum. Debitor autem non poteſt auferre fidejuſſori exceptionem, quam habet à jure ad repellendum creditorem *l. ſi ſtipulatus* 15. *in princ. ff. de fidejuſſor.* nec impedire, ne eam opponat creditori, etiamſi contentum ſe eſſe dicat, & paratum ſuſtinere judicium, ſi fidejuſſor mandati cum eo agere velit *d. l. in princ.*

44 Sed ut preſſius agam: quas, oro, actiones cedere debet creditor, aut cedere poteſt, ſi nullas actiones amplius habet? Num poteſt in fidejuſſorem transferre actiones, quas non habet? Abſurdum eſt hoc dicere. *l. traditio* 20. *ff. de acquir. rer. domin.* Ibi: *traditio nihil amplius transferre debet, vel poteſt ad eum, qui accipit, quam eſt apud eum, qui tradit.* Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; ſi non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. *l. ſi noxale* 17. *in fin. ff. de noxal. act.* Ibi: *quia nullum ad actorem dominium transferre poſſunt, cùm ipſi domini non ſint.* Verum enim vero creditor ſoluta ſibi à debitore pecunia, de qua convenit in tranſactione, nullas amplius actiones habet adverſus debitorem, qui ſatisfecit, cùm ſatisfactio pro ſolutione ſit *l. ſatisfactio* 52. *ff. de ſolut. l. ſi rem* 9. §. *omnis ff. de pign. act.* ubi etiam monet Ulpianus, quod ſatisfactum accipitur, quemadmodùm voluit creditor, etiamſi non ſit ſolutum: ſive pretium aliquod datum fuerit: quæ maximè huic cauſæ conveniunt. Quamquam de hoc ambigi non poſſit, quia convenit in tranſactione, ut ſoluta ea ſumma pecuniæ, reſolveretur cenſus, & omne jus creditoris extingueretur. Itaque ſublata eſt, & extincta creditoris obligatio tum per ipſius conventionem, tum per ſatisfactionem debitoris ſolventis ſummam, de qua convenerat. Sublata autem obligatio & actio non poteſt amplius reviviſcere *l. ſancimus* 25. *verſ. non enim debet C. de admin. tutor. L. Mævius* 66. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l. qui rem ſuam* §. *aream verſ. in perpetuum ff. de ſolut.* Nec poteſt adverſus debitorem liberatum actio cedi *l.* 1. *C. de contr. tut. judic.* nec conveniri qui ſatisfecit. *l. ſi pupillus* 45. *ff. de admin. tutor.* Quomodo igitur cedet creditor actiones, ſi eas non habet?

Nec illud tacitus prætetire poſſum, quin 45 ſaltem ſtrictim attingam. Etiamſi creditor actionem aliquam haberet, ſed eam quæ exceptione poteſt elidi, tamen non poſſet obtinere contra fidejuſſorem opponentem exceptionem cedendarum actionum. Etenim non videtur cedere actionem, qui cedit actionem inutilem & inefficacem: quia nihil intereſt, quis actionem ipſo jure non habeat, an eam, quæ exceptione poteſt infirmari *l. nihil intereſt* 112. *ff. de R. J.* Quocirca etiamſi exceptio eſſet perſonalis, veluti pacti perſonalis, tamen quia inutilis eſſet ceſſio fidejuſſori, propterea quod ipſam debitor repellere poſſet pacti conventi exceptione; idcirco repellere & ipſe poteſt creditorem, hujuſmodi ceſſionem offerentem. Nec poterit creditor cedere actionem liberam ab hac exceptione, cùm non poſſit plus juris in eum transferre, quam ipſe habeat *l. nemo plus juris* 54. *l. nemo plus commodi* 110. & *l. alius* 160. *in fin. ff. de R. J.* Quamobrem qui utitur mandatis actionibus, eo jure uti debet, quo is cujus perſona fungitur *l. emptor* 5. *C. de hæred. vel. act. vend. l. apud Celſum* 4. §. *de auctoris* 27. *ff. de doli mal. & met. except.* adeoque cùm creditor repelli poſſet à debitore, ſi ab eo conveniretur, exceptione pacti, ergo eadem exceptione poterit repelli etiam fidejuſſor, qui utitur actione creditoris.

At, inquies, pactum perſonale eſt, ideoque perſonalis eſt etiam exceptio, quæ ex eo 46 naſcitur *l. idemque* 25. §. 1. *ff. de pact.* Exceptiones autem perſonales, quæ obſtant cedenti, non obſtant ceſſionario, quia perſonam non egrediuntur, & fidejuſſori non proſunt *l. exceptiones* 7. *in princ. ff. de except. l. invitus* 156. §. *cùm quis ff. de R. J. l. doli* 19. *ff. de novat.* Et quamvis obſtet ceſſionario habenti cauſam lucrativam *l. apud Celſum* 4. §. *ſi quis autem* 29. *ff de doli mal. & met. except.* & §. *auctoris* 31. *ibid.*

l. 5.

l. 5. §. *penult. ff. eod.* tamen habenti cauſam oneroſam, ut in propoſita quæſtione, opponi non poteſt *d. l.* 4. §. *de auctoris* 27. & § *ſi cum legitima* 28. *eod.*

Sed cavendum, ne verbi controverſia nos torqueat. Ambiguum enim eſt hoc verbum *perſonalis*, quoniam aliquando refertur ad perſonam debitoris; aliquando ad perſonam creditoris: atque adeo utraque exceptio perſonalis dicitur, tam ea quæ cohæret perſonæ debitoris, quam ea quæ cohæret perſonæ creditoris. Si exceptio ſit perſonalis quoad debitorem, hoc eſt, cohæreat perſonæ debitoris, utique ſoli debitori competit, nec ad alios transfertur: adeo ut nec hæredes debitoris ea uti poſſint, nec ejus fidejuſſores, ut eſt exceptio pacti perſonalis *d. l. niſi hoc actum* 22. *ff. de pact.* & *l. maritum* 12. *ff. ſol. matrim. l. exceptiones* 7. *ff. de except.* ubi pleræque exceptiones perſonales referuntur. Ipſe tamen debitor, cujus perſonæ cohærent, illis uti poteſt adverſus omnes, à quibus conveniatur, eaſque opponere non ſolum agenti creditori, ſed omnibus habentibus cauſam ab eo, adeoque etiam ceſſionario *l. quod ipſis* 143. *l. qui in jus* 177. *ff. de R. J.* Exceptio autem cohærens perſonæ creditoris, ſoli creditori opponi poteſt, quia naſcitur ex vitio & qualitate propria creditoris, quæ non eſt communis habentibus cauſam ab eo. *l. apud Celſum* 4. §. *de auctoris* & §. *ſeq. ff. de dol. except.* Excipitur tamen is, qui ex cauſa lucrativa ſucceſſit *d. l.* 4. §. *ſi quis autem* 29. item cùm res eſt reverſura ad ipſum autorem *d. l.* 4. §. *idem tractat.* 30. Exempla autem harum exceptionum ſunt in creditore exule vel excommunicato, qui ab agendo repellitur *c. intel eximus de judic. c.* 2. &c. *exceptionem* 12. *de exception. c. decernimus de ſentent. excom. in* 6. Alia omittimus, quia hoc ad noſtram controverſiam non pertinet, cùm in ea agatur de exceptione cohærente perſonæ debitoris, de qua ſuprà.

47 His ad normam rectæ rationis, & ad regulas juris probè & accuratè perpenſis, quid contra afferant ſapientiſſimi judices, diligenter excutiendum. Afferunt autem multos DD, qui decidunt, poſſe creditorem cedere actiones fidejuſſori, cùm id efficiat reſervatio, per quam videtur conveniſſe inter creditorem & debitorem, ut poſſint cedi actiones, quod jam confutatum eſt. Doctores autem, quos afferunt, nihil ejuſmodi dicunt. Neque enim agunt de fidejuſſore, ſed de duobus reis, aut de tertiis poſſeſſoribus. In duobus reis eſt ratio longè diſſimilis. Duo rei tenentur in ſolidum ſinguli §. 1. *inſtit. tit. de duob. reis l.* 2. *l.* 3. §. 1. *l. ult. ff. eod. l.* 2. *C. eod.* ſinguli ſunt æquè principales, & eadem obligatione obſtringuntur, *l.* 2. *in fin. C. de duob. reis*, ſinguli in ſolidum poſſunt conveniri; actio enim contra ſingulos in ſolidum competit, *l.* 1. *C. eod.* & poteſt unus tantùm ex illis conveniri electione creditoris, *l.* 3. §. *ult. ff. eod.* adeo ut nec à principe electio poſſit adimi creditori. *l.* 3. *in fin. C. eod.* Uno autem ex illis liberato alter manet obligatus, & quidem in ſolidum *l. ult. ff. eod. l. fidejuſſoris* 23. *ff. de pact.* uno enim exempto ab obligatione, integra & illæſa in altero conſiſtit obligatio *d. l. ult.* & *l. Cranius* 71. *ff. de fidejuſſ.* niſi ſolutione, aut acceptione ſublata ſit obligatio *l.* 2. 3. §. 1. *ff. de duob. reis*, §. 1. *inſt. eod. l.* 2. *in fin. C. eod. l.* 3. §. 3. *ff. de liberat. leg.* Verè igitur ſtatuunt DD. uno ex duobus reis per pactum liberato creditorem convenientem correum debere, ac poſſe ipſi actiones cedere; non quia de hoc convenerit tacitè in liberatione, ſed quia ipſe retinet actionem, quam cedere poteſt. Retinet enim actionem adverſus correum non liberatum, quia, ut diximus, altero exempto alter manet obligatus, & ideo jure poteſt eum convenire. Retinet actionem etiam adverſus reum jam liberatum; tum quia per pactum non tollitur actio §. *præterea inſt. tit. de except.* tum quia quodammodo nomen debitoris videtur vendidiſſe, & ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipſum, ut præſtet actiones, ut ait Paulus in *l. cùm is* 36. *in fin. ff. de fidejuſſ. l.* 2. *C. de duob. reis.* Atque id hodie videtur de jure certiſſimum poſt *Novell.* 99. in qua jubet Imperator inter duos reos dividi obligationem & actiones cedi. Et licèt Cujac. &

Digitized by Google

alii putent, ibi non agi de duobus reis, ſed de fidejuſſoribus altera fidejuſſione obligatis, ut ibi ait Imperator; tamen à communi opinione non diſſentio, ibi agi de duobus reis, quia & hi vice mutua fidejuſſores eſſe dicuntur à Papiniano in *l. reos* 11. *in princ. ff. de duob. reis.* Igitur quod *vice mutua* dixit Papianus: *alterna fidejuſſione* dixit Imperator. Addo præterea DD. in noſtra decisione allegatos ſupponere reſervationem factam fuiſſe præſente correo, qui propterea videtur eam approbaſſe. Gobius autem *conſ.* 41. qui agit de duobus fidejuſſoribus, ſupponit, in facto liberatum fuiſſe unum ex fidejuſſoribus cum conſenſu, & renuntiatione ipſius debitoris. Ex quibus apparet, quam abſurdum ſit, noſtram controverſiam ejuſmodi auctoritate decidere. Porro Rota poſt Merlin. *dec.* 10. *n.* 10. ubi agit de noſtra ſpecie, videlicet de reo principali per pactum liberato, ait obſtare creditori exceptionem cedendarum actionum: & recte, ut ſupra eſt demonſtratum.

48 Enim vero quæ de correis ſunt conſtituta, fidejuſſori reoque principali haudquaquam conveniunt. Fidejuſſor enim & reus principalis non ſunt æquè principaliter obligati; ſed fidejuſſoris obligatio pendet ab obligatione debitoris principalis: ab ea ſuſtinetur: ejus eſt acceſſio, *princ. tit. inſtit. de fidejuſſ.* & *§. fidejuſſores* 5. *l.* 1. *l. generaliter* 5. *in princ. l. hi qui acceſſionis* 34. *ff. eod.* Liberato reo principali vel ipſo jure, vel ope exceptionis, etiam fidejuſſor ipſo jure, aut ope exceptionis liberatur, ut initio probavimus. Quoties fidejuſſor habiturus eſt regreſſum contra principalem quomodocumque liberatum, etiam ipſe liberatur; & hoc ſupra eſt demonſtratum. Nihil tale in duobus reis. Denique ſi creditor non poſſit cedere actiones efficaces fidejuſſori adverſus principalem debitorem, non poteſt ab eo exigere pecuniam. In caſu autem noſtro nullas actiones cedere poteſt, quia nullas habet, ut diximus. Sibi autem imputare debet creditor, ſi cedere non poteſt actiones, cum ſuo facto eas amiſerit *l. Stichum* 95. *§. penult. ff. de ſolut.* Nec factum creditoris ejuſque pactum nocere debet fidejuſſori. *l. factum ff. de R. J. l. ſi tibi* 17. *§. pen l. ſi unus* 27 *§. pacta* 4. *in fin ff. de pact.* Nec poteſt ei adimere jus, quod habet petendi ceſſionem actionum. *§. ult. verſ. dominorum inſt. tit. de his qui ſunt ſui vel al. jur.* Ibi: *nec cuipiam hominum jus ſuum detrahi oportet.*

Supereſt auctoritas doctiſſimi Bartholomæi Chefii, qui ſolus agit de debitore principali, & fidejuſſore, de quibus & à nobis pertractatur. Hic *lib.* 2. *c.* 22. doctiſſimè confutat Cujacium & Fabrum: probatque etiam fidejuſſorem petere poſſe à creditore, ut ſibi ce-
dantur actiones, etiamſi habeat proprias ac- 49
tiones mandati. Idque veriſſimum eſt: omnis enim qui pro alio ſolvit, exigere poteſt à creditore, ut ſibi cedat actiones adverſus debitorem, quem ſolvendo liberat; etiamſi aliis actionibus poſſit experiri *l. ſi cum ven-
deret* 13. *ff. de pignor. act. l. emptor* 5. *C. de* 50
hered. vel act. vend. l. ex legato C. de leg. & paſſim in jure noſtro. Illud ſatis probare non poſſum, quod ait *n.* 13. & 14. creditorem, qui pacto perſonali liberat debitorem, nolle ipſum omnino liberare, ſed magis ei dilationem dare, cum velit eum ab ipſo fidejuſſore conveniri poſſe impetratis à creditore actionibus: videtur enim voluiſſe, creditorem actiones cedere poſſe. Præterea ea, quibus hoc ſupra refutavimus; illud addo, quod etſi hanc præſumptionem, & tacitam voluntatem creditoris admittamus in nudo pacto, tamen ea non poteſt admitti in tranſactione, quam litigantes ineunt ad litem dirimendam, ut liberentur à moleſtia, incommodis, impenſiſque & incerto litis eventu *l. fratris tui* 10. *l. cauſas l. nec intentio l. ſi majores l. quamvis C. de tranſact. l. poſt deciſionem C. de furt.* non ut lis inſtauretur per ceſſionem actionum factam à creditore fidejuſſori, quod ne principali quidem reſcripto fieri permittitur *d. l. cauſas* 16. Repugnat igitur naturæ, finique tranſactionis & intentioni tranſigentium hæc tacita voluntas, quam præſumunt, ſeu potius divinant.

Verum nec in ſimplici poteſt admitti, quod creditor voluerit potius dare dilationem debitori, quam eum liberare reſervata

ſibi facultate cedendi actiones. Poſſet enim creditor ſtatim convenire fidejuſſorem, eoque ad ſolvendum parato cedere actiones, quibus ſtatim compelleret debitorem ad ſolvendum. Ita nos docet Juſtinianus in *l. ult. C. de uſur. rei jud.* ubi reprobat opinionem eorum, qui concedebant condemnatis inducias ad ſolvendum, eaſque denegabant fidejuſſoribus. Ait autem: *Cum enim interventor ſolvere compellebatur, & ipſe reum coercebat ad invitam ſolutionem, nullum condemnatus habebat ſenſum noſtræ humanitatis, quia per medium fidejuſſorem ſtatim pecunias perſolvere compellebatur.* Obſerva quæſo verba illa: *ſtatim pecunias perſolvere compellebatur*: nec non illa: *nullum habebat ſenſum noſtræ humanitatis.* His funditus evertitur ſuperior ſententia

51 At enim pactum in perſonam non prodeſſe fidejuſſori traditum eſt in *l. niſi hoc actum 22. ff. de pact.* Veriſſimum id quidem: ſed conſiderandum, quomodo proficiat, & cuiquam proſit. Non alia certè ratione, quam ut nobis tribuat exceptionem pacti conventi, nec ultra vires ſuas extendit nudum pactum §. 3. *verſ. qua de cauſa inſtit. tit. de except. l. juriſgentium 7. §. ſed cum nulla & l. quod dictum 32. ff. de pact. l. 5. in princ. verſ. atqui ſolemus ff. de liber. leg.* Nec aliud quicquam opis, ac beneficii, & auxilii pactum principalis debitoris affert fidejuſſori, quando ei prodeſt. *d. l. ſi quis 5. in princ.* Ibi: *pacti exceptionem fidejuſſori dandam d. l. quod dictum,* Ibi: *fidejuſſori competere exceptionem, & d. §. ult.* Ibi: *perinde ſuccurrendum eſſe per exceptionem pacti.* Igitur prodeſſe pactum fidejuſſori nihil aliud ſignificat quàm ei dari, vel non dari, exceptionem pacti conventi, quam ſibi paciſcendo acquiſivit debitor principalis. Nec alia mens eſt JC. in noſtra *l. niſi hoc actum*: ibi enim quæritur ſolummodo, quandonam exceptio pacti de non petendo quæſita reo principali proſit fidejuſſori Ibi: *quatenus alii quoque proſit, vel noceat pacti exceptio*: quæ verba licet ſint legis antecedentis, tamen ea connexa ſunt cum conſequentibus, eademque periodo concluduntur. Quocirca veriſſimum eſt, quod pactum in perſonam non prodeſt fidejuſſori, hoc eſt, ut ibi explicat Ulpianus, *fidejuſſor exceptione non utetur.* Poterit igitur fidejuſſor conveniri à creditore, nec poterit eum repellere exceptione pacti conventi, quæ cum ipſo non communicatur, nec ea uti poteſt, nec ipſi prodeſt *d. l. & heredi 21. in fin. cum l. ſeq.* Quamvis autem ex perſonali pacto debitoris principalis fidejuſſor non acquirat pacti exceptionem; non propterea tamen amittit exceptionem cedendarum, quæ ipſi non obvenit ex pacto de non petendo, cum quo nihil commune habet: ſed ipſi datur à lege ad recuperandum à reo principali, quod pro eo ſolvit. Certiſſimo argumento eſt, quod eam habet, etiamſi nullum pactum intervenerit, & quod eadem datur etiam iis, quibus non prodeſt alterius ſimul obligati pactum, ut confidejuſſores, contutores, correi.

Habes, amice chariſſime, meam de laudata deciſione ſententiam: probabilemne an ſecus, tuum judicium eſto. Si volueris hæc omnia, quæ dixi, pragmaticorum auctoritate confirmari, volens lubens exequar. Supereſt modo, ut maximas tibi gratias agam, quod mihi dederis occaſionem explicandi legem, quæ doctiſſimorum hominum torſit ingenia.

CAPUT IX.

Ad L. qui balneum 9. ff. qui potior in pign. hab.

SUMMARIUM.

1 *Conditio caſualis & mixta in contractibus retrotrahitur.*
2 *Non poteſtativa.*
3 *In hereditate quæcumque conditio retrotrahitur.*
4 *Quoad dominium conditio retrotrahi nequit in contractibus.*
5 *Secus eſt in legatis & hereditate.*
6 *An in legatis conditio retrotrahatur, magna diſſenſio.*
7 *Verius non retrotrahi quoad obligationem legati.*
8 *In hoc legata differunt à contractibus.*

9 *Contractus conditionales ſtatim perfecti ſunt quoad factum, quidquid ſit quoad juris effectus.*
10 *Legata non ſunt perfecta ante conditionis eventum.*
11 *Acquiſitio legati non retrotrahitur.*
12 *Nec in pignore retrotrahitur conditio.*
13 *Explicatur textus noſter & n. 14. 15. 16.*
14 *Cautio pro legatis neceſſario præſtanda eſt.*
15 *Prælatio in pignore ejus, qui prius acceperat non eſt pignoris retrotractio.*
16 *Prætor imitatur jus civile.*
17 *Contrariis ſatiſſit. & n. 18. 19.*
19 *Neque favore libertatis conditio in legatis retrotrahitur & n. 20.*
21 *Rota Romana argumenta expenduntur & n. 22. 23.*
24 *Et ſententia Feſarti.*

1 EXplorati juris eſt, conditionem caſua-
lem vel mixtam in contractibus retro-
trahi ad tempus celebrati contractus perinde
ac ſi ab initio extitiſſet, aut ſine conditione
initus fuiſſet contractus *l. potior* 11. §. 1. *ff.*
qui potior: Ibi: *perinde habetur ac ſi illo tem-*
pore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, ſine condi-
tione facta eſſet: *l. neceſſario* 8. *in princ. ff. de*
peric. & com. rei vend. Ibi: *quaſi jam con-*
tracta emptione in præteritum. In contractibus
enim initium ſpectatur *L. non omne* 144. §.
1. *ff. de R. J.* Quo efficitur, ut ſi filius vel
ſervus ſub conditione contraxerit, patri &
domino acquiratur obligatio, etiamſi con-
ditio extiterit poſteaquam ille à patris poteſ-
tate, hic à poteſtate domini liberatus eſt *l.*
ſi fil. fam. 78. *ff. de V. O. l. quæ legata* 18.
in fin. ff. de R. J. adeo ut etiamſi filius in
emancipationis ſuæ tempus: ſervus in aliena-
tionem vel manumiſſionem contulerit obli-
gationem, nihilominus ea patri dominoque
acquiratur *l. ult. ff. de ſtipul. ſervor.* Efficitur
etiam, ut, qui contraxit ſub conditione, ſit
potior in pignore, etiamſi conditio exiſtat,
poſtquam alteri fuit pignus obligatum *l. po-*
tior 11. §. 1. *ff qui potior in pignor. hab.* Hæc in
conditione caſuali vel mixta: in poteſtativa,
hoc eſt, in ea, quæ pendet à poteſtate debi-
toris, ſecus eſt. In hac enim ſpectatur tem-
2 pus impletæ conditionis, non vero contrac-
tus, ad cujus initium ea non retrotrahitur
l. penult. ff. quæ res pign. l. qui balneum 9. §.
1. *in fin. l. potior* 11. §. *Si colonus ff. qui po-*
tior. Neque enim æquitas, aut juris ratio
ſuadet, ut retro fingatur extitiſſe conditio,
quam antea poterat debitor implere, ſi ante vo-
luiſſet naſci obligationem. Non convenit, le-
gem fingere, id factum fuiſſe, quod nos fa-
cere noluimus.

In hereditate quoque conditio retrotrahi- 3
tur, & in ea illud eſt ſingulare, quod retro-
trahitur etiam conditio poteſtativa. Etenim
heres quandoque adeat hereditatem, jam
tunc à morte ſucceſſiſſe intelligitur *l. heres*
quandoque 54. *ff. de acquir. vel om. heredit.*
quia hereditas neque ex die, neque ad diem
dari poteſt *l. hereditas* 34. *ff. de hered. inſtit.*
§. *heres purè inſt. eod.* ne teſtator partim teſta-
tus, partim inteſtatus decedat, obſtante ju-
ris regula in *l. jus noſtrum* 7 *ff. de R. J.* Id
exigit natura hereditatis, quæ univerſum jus
defuncti complectitur *l. hereditas* 62. *ff. de*
R. J. l. nihil eſt aliud 24. *l. hereditatis* 119. *l.*
bonorum 208. *ff. de V. S. l.* 3. *in princ. & in*
§. 1. *ff. de bonor. poſſeſſ. l. hereditas* 50. *in*
princ. ff. de petit. heredit. Quocirca etiam
quoad acquiſitionem dominii, fructuum at-
que omnium obligationum pendente condi-
tione quæſitarum, retrotrahitur, *l. à Titio*,
64. *ff. de furt. l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. re-
præſentat enim perſonam defuncti *princ. tit.*
inſtit. de ſtipul. ſerv. Atque in hoc etiam dif- 4
fert à contractu, in quo non poteſt quoad
dominium conditio retrotrahi, quia domi-
nium traditione transfertur non pactis &
conventione contrahentium *l. traditionibus*
20. *c. de pact.* Itaque ante traditionem acqui-
quiri non poteſt. In hereditatibus quoque
non acquiritur poſſeſſio bonorum heredita-
riorum aditione *l. cum heredes* 23. *ff. de ac-*
quir. poſſeſſ. quia poſſeſſio apprehenſione rei
acquiritur *l.* 3. §. 1. *l. quemadmodum* 8. *ff.*
de acquir. poſſeſſ. quæ à lege non fingitur, ſi-
cut in contractibus non fingitur traditio ne-
ceſſaria ad dominium acquirendum. Licèt
autem dominium ex naturali poſſeſſione cœ-
perit, & per eam acquiratur *l.* 1. §. 1. *ff.*
eod. tamen heres etiam non apprehenſa poſ-
ſeſſione dominium acquirit, ſicut etiam le-
gatarius, quia in eos ab ipſa lege transfertur,
& recta via à defuncto in eos tranſit miniſte-
rio legis *l.* 1. & 2. *ff. de bon. poſſeſſ. l. heres*
quandoque ff. de acquir. vel om. hered. l. om-

Digitized by Google

nis hereditas 138. *l. omnis* 193. *ff. de R. J.*

5 In legatis pariter dominium retrotrahitur ad tempus mortis: nam ſi legatum agnoſcat, miniſterio legis in legatarium tranſit dominium rei legatæ; & quidem à die mortis dominus fuiſſe fingitur, quaſi ea numquam facta fuerit heredis, ſed recta via à defuncto tranſiverit ad legatarium *l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. *l. à Titio* 64. *in fin. ff. de furt. l.* 1. *in fine ff. de public. in rem action.* Animadvertendum tamen eſt, quod tam in heredum inſtitutionibus, quam in legatis id non fit virtute, & natura conditionis, cui propriè convenit, ut retrotrahatur: ſed ex natura hereditatis, & legati. Etenim etſi ea purè relicta fuerint, licet multum temporis interceſſerit inter mortem, & aditionem hereditatis, vel agnitionem legati: tamentam hereditas, quàm legatum ſtatim à morte teſtatoris ipſis acquiſita finguntur, ut apparet ex laudatis legibus.

6 An autem etiam quod ad retrotrahendam conditionem legata ſint diſſimilia contractibus, & diverſo jure cenſeantur, inter noſtros eſt magna diſſenſio. Ipſum Rotæ Romanæ ſupremum tribunal in hac controverſia variavit. Vetus Rota communem DD. ſententiam ſecuta non retrotrahi conditionem ſæpè definivit: recentior non Doctorum numerum, ſed rationum momenta perpendens, ut ait, abiit in contrariam ſententiam. Doctores autem contra ſentientes ſtatuit eſſe intelligendos de acquiſitione dominii ac ſpe tranſmiſſionis. Utrumque à vero prorſus abhorret. Nam quoad acquiſitionem dominii, conditio retrotrahitur, ut modo probavimus: & DD. non poſſunt intelligi de ſpe tranſmiſſionis, cum de hac ſolummodo non agant, de qua nulla eſt omnino controverſia, ſed generaliter etiam quoad alios effectus, & in ſpecie etiam quoad hypothecam. Ego ut ingenuè fatear, quod ſentio, priori ſententiæ libens accedo.

7 Quod conditio non retrotrahatur quoad obligationem legati, certiſſimi juris eſt. Nam in legatis puris ſtatim à morte dies legati cedit. *l.* 5. §. 1. *ff. qu. dies leg. ced.* In legatis autem ſub conditione nonniſi exiſtente conditione dies legati cedit, hoc eſt, naſcitur obligatio. *d. l.* 5. *§. ſed ſi ſub conditione.* Neque hæc obligatio retrotrahitur, nam ſi retrotraheretur, transmitteretur ad heredes obligatio: fingeretur enim nata tempore mortis teſtatoris, vivo ſcilicèt legatario, adeòque ad heredes tranſiret, ſicut evenit in contractibus, ut anteà demonſtratum eſt. Evenit pariter in legatis, quoties ejuſmodi eſt conditio, quæ per mortem legatarii impleatur. *l.* 4. §. 1. *ff. qu. d. leg. ced. l. Titio fundus.* 73. *in fin. l. ſi ita legatum.* 103. *ff. de cond. & dem.* Cum enim eodem momento, quo exiſtit conditio, cedat dies legati; videtur ceſſiſſe vivo legatario, quia momentum, quo quis moritur, vitæ tribuitur, non morti, *l. qui duos.* 18. §. 1. *ff. de manum. teſtam.* Quamobrem licèt pendente conditione, qui contraxit, creditor ſit; tamen legatarius conditionalis creditor non eſt. *l. is cui ſub conditione.* 42. *ff. de oblig. & act. Is cui ſub conditione legatum eſt, pendente conditione non eſt creditor: quamvis eum qui ſtipulatus eſt ſub conditione placet etiam pendente conditione creditorem eſſe.* Faciunt *text. in l. creditores* 10. *in fin. in l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* Creditor conditionalis ex contractu impedit libertatem datam in fraudem creditorum contra Legem Æliam Sentiam: Legatarius conditionalis non item. *l. in fraudem* 27. *ff. qui & à quib. manum. lib. non fiant.* Creditor conditionalis ex contractu ſpem habet obligationis, & actionis, eamque ſpem ad heredes tanſmittit §. *ſub conditione inſt. tit. de V. O. l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* Legatarius conditionalis, nec ſpem quidem habere videtur *l. conditionales* 54. *in fin. ff. de V. S. juncta l. is cui* 42. *ff. de oblig. & action.* certè nihil habet, quod ad heredes tranſmittat. *l. intercidit in princ.* 59. *ff. de condit. & demonſtrat. l.* 4. *in princ. & leg. ſeq. in princ. juncto §. ſed ſi* 2. *ff. quod. leg. ced.* Dies certò exiturus, & conditio pariter certò extitura non efficit in contractu creditorem conditionalem, etiamſi ignoretur, quando utrumque ſit exiturum. *l. ſi pupillus* 9. §. 1. *ff. de novat. l. nam ſi* 17. *cum ſeq. junctâ l.*

in diem ff. de condict. indeb. efficit tamen legatarium conditionalem. *l. hæres meus.* 78. *in princ. ff. de cond. & dem.* dummodò certum ſit, exituram vivo legatario *d. l. hæres meus* §. 1.

Torquentur interpretes in indaganda ratione diverſitatis & differentiæ inter con-
8 tractus & legata. Jaſon in. *l. ſi is qui pro emptore.* 15. *ff. de uſu cap.* quinque diverſas opiniones recenſet. Ego, quantum exiſtimare poſſum, ita ſentio. Contractus facti magis, quàm juris ſunt. *l. conſilio* 7. §. 3. *ff. de curator. fur.* Quod attinet ad factum, ſtatim perfecti ſunt uſque ab initio, ſimul ac in contrahendo intervenerit utriuſque contrahentis conſenſus & alia, quæ ad ſubſtantiam, formamque cujus que contractus pertinent: ut verba in ſtipulatione, res in contractibus qui re conſtant. §. *alia autem inſtit. tit. de donat. l. qui id quod* 33. §. *ult. ff. eod. l.* 1. *in fine l. in venditionibus.* 9. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 2. *in princ. l. in quibuſcumque.* 48. *ff de oblig. & act. l. continuus.* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 3. *in fin. C. de reſc. vend.* & paſſim. Cùm enim expleta eſt ſubſtantia & forma contractùs, aut aliùs cujuſcumque actùs, non poteſt ipſe non eſſe perfectus. Quòd ſi contractui adjecta fuerit aliqua conditio; ſuſpendit quidem illa obligationem & pleroſque juris effectus in incertum eventum, ut eſt natura conditionis. §. *ſub conditione.* 4. *inſtit. tit. de V. O. l. cum ad præſens.* 37. *cum duab. ſeqq. ff. de reb. cred.* Cæterum nihil detrahit de perfectione contractùs, qui ex ſe aptus eſt, & idoneus ad producendam obligationem, omneſque juris effectus, niſi impediatur conditionis incerto. Quantum ad juris effectus, aliquando contractus conditionalis dicitur imperfectus. *l. neceſſariò.* 8. *in fine principii. ff. de peric. & comm. rei vend. & l. quod ſæpe.* §. *in his &* §. *ult. ff. de contrah. empt. & in. l.* 1. §. *ſed & cuſtodiam. ff. de peric. & com. l. bovem.* 43. §. *ſi ſub conditione. ff. de ædilit. edict. l.* 1. *ff. de donat. l. hæc venditio* 7. *in princ. ff. de contrah. empt.* Cum enim ipſis obſtet impedimentum pendentis conditionis, non poteſt illos producere, quo fit, ut quòd attinet ad illos effectus, contractus dici ac videri poſſit imperfectus: de reliquo contractus ab initio perfectus eſt quoad factum, & ſubſtantiam, ita ut nihil à contrahentibus agendum ſit ampliùs ad ipſum perficiendum, & exiſtente conditione ſine ullo novo facto contrahentium producat omnes juris effectus. Exiſtente igitur conditione, atque adeò ſublatâ ſuſpenſione, ac remoto impedimento, ſtatim naſcitur obligatio: non quidem ex eventu ipſius conditionis, ſed ex priſtina voluntate contrahentium expreſſa, & interpoſita ſecundùm præcepta juris jam olim in actu contrahendi. Itaque recurrendum eſt ad tempus initæ conventionis, ex qua nata eſt obligatio remoto impedimento, quod ipſam ſuſpendebat, & in incerto ponebat & perinde haberi debet, ac ſi tum temporis nata fuiſſet, cùm nata ſit ex illis, quæ tunc acta fuerunt inter contrahentes. Etenim exiſtens conditio nihil confert ad conſtituendam obligationem, ſed ſolum tollit, quicquid erat incerti, unde ſuſpensâ detinebatur. Rectè Pomponius in *l. ſub conditione.* 16. *ff. de ſolut. Sub conditione debitori ſi acceptum feratur, poſteà conditione exiſtente intelligitur jam olim liberatus: & hoc etiam ſi ſolutio re fiat, accidere Ariſto dicebat.* Non poteſt intelligi jam olim liberatus, niſi fuerit jam olim obligatus. Et Scævola in. *l. ult.* §. 1. *verſic. ſed ſi ff. de vulg. ſed ſi extiterit conditio, duæ puræ ſunt.* & infrà *verſ. quippè* Ibi: *quippe cum etſi extiterit conditio, duæ puræ ſunt inſtitutiones.* His efficitur, in contractibus ſpectandum eſſe tempus contractus tum, cum in contrahendo geſta fuerunt omnia ad producendam obligationem comparata, ex quibus poſteà nullo contrahentium facto interveniente nata eſt obligatio. Illa enim ipſam pepererunt: illinc initium cepit obligatio: ex eo fonte dimanavit: Propterea retrotrahi debet conditio, quæ ipſam ſuſpenſam detinuit, & remorata eſt. Debet etiam ſpes ejus ad hæredes tranſire mortuo ante exiſtentem conditionem creditore: tum quia intelligitur obligatio initio contracta: tum quia contrahentes nôn ſolùm ſibi, ſed etiam

Digitized by Google

heredibus ſuis conſulere voluiſſe cenſentur. *l. ſi pactum. 9. in fin. ff. de probat.* Quamobrem creditor etiam conditionalis, dicitur creditor : neque enim debitor ullâ ratione poteſt declinare obligationem & à contractu recedere pendente conditione, quandocumque ea ſit extitura.

10 Non ita res eſt in legatis. Ea enim initio non ſunt adeò perfecta & conſummata, ut adſtringant ullâ neceſſitate vel teſtatorem, vel legatarium. Teſtator poteſt mutare voluntatem. *l. 1. C. de ſacroſ. Eccl. l. quòd ſi 4. ff. de adim. leg.* poteſt adimere, vel transferre legatum. *l. 3. §. ult. l. ſicut. 5. & toto tit. ff. de adim. vel transfer. leg. princ. tit. inſt. de adempt. leg.* Legatarius neque voluntatem ſuam, neque conſenſum applicuit ad liberalitatem teſtatoris, & ignorat plerumque legatum ſibi relictum fuiſſe, ac vivente teſtatore nihil omninò juris habet in legato. Mortuo verò teſtatore nemo tenetur & adſtringitur ante aditam hæreditatem : eâque non aditâ, vel quia noluerit heres, vel quia non potuerit adire, fit irritum teſtamentum. *§ poſteriore inſt. tit. quib. mod. teſtam. infirm. l. 1. ff. de injuſt. rupt.* & legatum pro non ſcripto habetur. *l. 3. non modicè, ff. de his, quæ pro non ſcript. hab. l. ſi nemo. 9. ff. de teſtam. tut. l. eam quam. 14. C. de fideicom.* Ex perſona quoque legatarii facilè poteſt evenire, ut intercidat legatum, veluti ſi ante eventum conditionis moriatur. *l. intercidit. 59. in princ. ff. de cond. & demonſtr.* moritur enim, antequàm ei legatum debeatur. *l. legata 41. ff. eod.* & dies legati cedat. *l. 5. §. ſed ſi ſub conditione ff. qu. dies leg. ced.* adeòque nihil ad heredem ſuum transfert. *d. l. 5. in princ.* nec ſpem quidem, quæ adeò inanis eſt, & incerta, & caduca, ut nec ſpem quidem habere dicatur, quam poſſit ad heredes tranſmittere. Idque ex natura legati, & ex voluntate teſtatoris : nam cum legatum ſit donatiò, quam teſtator confert in legatarium. *§. 1. inſt. tit. de legat. l. legatum. 36. ff. de legat. 2.* utique teſtator eam confert ob meritum legatarii, vel ejus remunerandi cauſa, vel amicitiæ ergo. *l. nec jecit. 9. ff. pro ſoc.* quapropter in perſonam legatarii clauſit benignitatem ſuam, eique ſoli conſulere voluit, non heredibus ejus ſibi ignotis, & fortè etiam inimicis. Igitur ſi legatarius vivens non acquiſivit legatum, nihil poteſt ad heredem transferre, non acquirit autem niſi eo vivente conditio exiſtat. *l. ſi cum. 4. ff. qu. d. leg ced.* Exiſtente autem conditione licèt dies legati cedat, & naſcatur obligatio legati, nihilominus tamen dubia eſt, & incerta legati acquiſitio : poteſt enim hereditas debitis adeò atque oneribus eſſe obnoxia, ut legatariis nihil ſuperſit : poteſt & legatarius repudiare legatum, invitus enim accipere legatum non tenetur. *l. nec emere C. de jur. deliber. l. invito ff. de R. J.* Igitur ut legatum acquirat, debet ipſum poſt exiſtentem conditionem agnoſcere, nec implendo quidem conditionem ipſam acquirit. *l. ei qui ita ff. de cond. inſtit.* Imò etſi ante eventum conditionis agnoſcat, vel repudiet legatum, nihil agit. *l. ſi ita ſcriptum. §. 1. ff. de legat. 2. juncta l. is poteſt. 18. ff. de acquir. vel omit. hered.* His de cauſis neceſſe fuit ſtatuere contra, atque in contractibus eſt conſtitutum : ſcilicèt ut legatarius pendente conditione non ſit creditor : ut non tranſmittat ſpem adeò dubiam & incertam, ac propè nullam ad heredes ; ut conditio non retrotrahatur.

11 Expoſitâ ratione differentiæ cætera modò proſequamur. Quod attinet ad acquiſitionem legati, pariter ſpectatur tempus exiſtentis conditionis, eaque non retrotrahitur. Itaque ſi legatum ſit ei, qui erat alienæ poteſtati ſubjectus, nihilominus ſibi legatum acquirit, ſi conditio exiſtat eo tempore, quo ſui juris eſt. *l. 5. §. ult. l. ſi uſusfructus 14. in fin. ff. qu. d. leg. ced. l. ſi uxorem 5. C. de condit. inſert. l. ſi poſt mortem. 68. ff. de leg. 1. l. 2. §. id quoque. 3. ff. de collat.* ubi indicatur diſcrimen inter ſtipulationem & legatum conditionale, quoad collationem ; & agitur de præjudicio tertii. Item qui poſt apertum teſtamentum fuit deportatus, aut in metallum damnatus, ſi tempore exiſtentis conditionis fuerit reſtitutus, legatum acquirit. *l. eum qui. 104. ff. de cond.*

Digitized by Google

& dem. l. Ariſto 46. *ff. de man. teſtam.* Non aliter ſi ſui juris erat, & tempore exiſtentis conditionis ſit alienæ poteſtatis, acquirit ei, cujus juri ſubjectus eſt exiſtente conditione *d. l. ſi uſusfructus* 14. *in fin.* At ne favore quidem libertatis conditio retrotrahitur, & in ea etiam ſpectatur tempus exiſtentis conditionis *l. poſtliminium* 19. §. *ſi ſtatu liber* 6. *ff. de captiv. & poſtlim. rev.*

12 Supereſt cauſa pignoris. Nec in ea quidem retrotrahitur conditio, ut docet Paulus in *l. ſi legati* 28. *ff. de pignor.* ſpecies ejus legis hæc eſt. Legatum erat filiofam. ſub conditione. Pater exegit cautionem ab hærede, & pro ſecuritate legati rem propriam hæredis pignori accepit: conditio extitit tum cùm filius ſui juris eſſet. Reſpondit Paulus, quod neque pater poteſt pignus vindicare, neque filius. Non pater, quia exiſtente conditione cœpit legatum deberi filio, qui ſui juris eſt, non patri, cujus poteſtati ſubjectus non eſt. Non filius, qui nunc cœpit habere actionem, *nec ex præcedenti tempore quicquam juris haberet in pignore.* Conſtat igitur, conditionem pignori adjectam non retrotrahi: ineſt enim pignori conditio ipſius legati *l.* 1. §. *ult. ff. ut legat. nom. cav.* ſi conditio retrotraheretur, utique & obligatio & actio patri acquireretur, & poſſet pignus vindicare, in quo ipſe jus haberet, ut evenit in contractibus *l. ſi filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. quæ legata in fin. ff. de R. J.* Nec aliter poteſt evenire, nam pignus & fidejuſſor ſequuntur naturam & conditionem principalis obligationis, cui accedunt, & cui adhærent, ita ut ab ea numquam fere disjungi queant *l. cùm principalis* 178. *ff. de R. J. c. acceſſorium* 42. *de reg. jur. in* 6. adeoque non poteſt eſſe obligatus fidejuſſor aut pignus antequam debeat reus principalis *l. fidejuſſor.* 57. *ff. de fidejuſ.* Et ad rem noſtram optimè Paulus in *l. quidam*, 132. §. *ult. ff. de V. O.* & in *l. ſi debitori* 47. *ff. de fidejuſ.*

13 Sed contrarium omnino reſpondiſſe videtur Africanus in *l. qui balneum* 9. § *ſed etſi hæres ff. qui pot. in pign. Sed etſi hæres ob ea legata, quæ ſub conditione data erant, de pignore rei ſuæ conveniſſet, & poſteà eadem ipſa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac poſt conditio legatorum extitit; hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum eſſet, exiſtimavit.* En pignoris obligatio, quæ retrotrahitur ad tempus contractûs in legatis, quemadmodùm in contractibus, de quibus idem Africanus in antecedenti paragrapho.

Hanc difficultatem noſtri declinant. Ego dicam, quod ſentio. Agit hîc Africanus de pignore conventionali. In conventionibus autem conditio retrotrahitur, ut paulo antè demonſtratum eſt. Atqui, inquies, pignus acceſſit legato, ejuſque conditionem, & naturam induere debet *l.* 1. §. *ſi quis ſub conditione* 14. *ff. ut legat. nom. cav. l. cùm legatorum* 8. *ff. eod.* Ita ſanè, niſi aliquid obſtet, quo fiat, ut propriam naturam debeat retinere. Cautio pro legatis præſtanda, 14
eſt ſatisdatio neceſſaria. Præcipitur enim à prætore, & quidem ea ſeveritate, ut, ſi non caveatur, legatarius mittatur in poſſeſſionem omnium bonorum hæreditariorum *l.* 1. §. & 2. *l. ſi ex cauſa* 4. *l. ei quoque* 15. *& ubique ff. ut leg. nom. cav. toto tit. ff. & C. ut in poſſeſſ. legat.* Imo Imperator Antoninus his ex cauſis etiam bona propria hæredis poſſideri poſſe reſcripſit *l. certa* 6. *C. ut in poſſeſſ. legator. l. is cui* 5. §. *Imperator* 16. *cum ſeqq. ff. eod.* Hæc autem ſatisdatio, ut potè prætoria, fidejuſſores deſiderat *l. prætoria* 7. *ff. de prætor. ſtipul.* Poteſt tamen etiam omiſſo fidejuſſore pignus dari, ſi pignore contentus fuerit legatarius *l. ult.* §. *ſi legatarius ff. quod legator.* quamvis id ſit contra naturam prætoriæ ſtipulationis *d. l.* 7. Sed in hac ſatiſdatione prætor obſecundat legatario, quem ſolùm intendit tueri. In noſtra *l. qui balneum* 9. legatarius pignus acceperat, vel in gratiam hæredis de jure ſuo recedens, vel quia ſe magis tutum credidit. Profecto iniquum eſſet permittere, ut hæres eludat legatarium, eumque fraudet dando pignus alteri; ſimulque fraudem faciat prætoris edicto. Largitas enim legatarii, ut ſit ei damnoſa, planè iniquum eſt *l. ſed ſi quis* 7. *verſ. & ſit iniquum ff. teſtam. quemadm. aper.* Iniquum pa-

riter

riter eſt, fraudare edictum prætoris ejuſque providentiam, quâ ſollicitè conſuluit legatariis *l. fraus 30. ff. de leg. l. juſtiſſimè 44. ff. de ædil. ed. l. ſi quis 35. §. 1. ff. ad l. Jul. de adu. l. ſi in fraudem 9. C. de legat. l. Imperator 50. ff. ad S. C. Trebell.* Cùm igitur non debeat eſſe in poteſtate hæredis, fraudare atque eludere legatarium, qui tempeſtivè accepto pignore ſibi conſuluerat, *l. penult. in fine, verſ. ne in poteſtate ff. ad Leg. Falcid.* prætor legatarium tuetur in pignore, quod priùs acceperat, adverſùs eum, cui poſteà fuit obligatum. Eâdem ratione præfert poſteriori creditori legatarium, qui priùs prætorium pignus obtinuit *l. is cui 5. §. qui prior. ff. ut in poſſeſſ. legat.* Dubitari autem non poteſt, eum, qui rem à ſe legatario priùs obligatam, alteri poſteà obligat, fraudem facere, & dolum committere: obſtringitur enim crimine ſtellionatûs *l. tutor. 16. §. 1. l. ſi quis 36. §. 1. ff. de pignor. act.* quod crimen ſine fraude ac dolo non committitur *l. 3. §. 1. ff. ſtellionat.* Ad rem noſtram optimus textus in *l. 1. & l. 4. C. de crim. ſtellion.* Porrò æquum non eſt, ipſum de ſua improbitate & dolo præmium ferre, & lucrum ſperare *l. 1. in princ. ff. de dolo malo l. 1. §. 1. ff. de doli mali except. l. ita demum 31. ff. de recept. arbitr. l. itaque 12. §. 1. l. cum qui 14. §. is autem ff. de furt. l. ſi ab hoſtibus 10. in fine ff. ſolut. matrim. c. intelleximus 7. de judic.*

15 Nec obſtat, quòd, ut diximus, hæc ſatiſdatio, legati conditionem ſequatur *l. 1. §. ſi quis ſub conditione 14. ff. ut legat. nom. cav.* ac propterea ſi non retrotrahitur legatum, nec pignus poſſit retrotrahi. Etenim non retrotrahitur obligatio pignoris, ſed prætor tuetur eum, qui priùs accepit pignus, eumque præfert poſteriori. Pignoris cauſa tota pendet à juriſdictione prætoris, qui ex ſolo pacto dat actionem hypothecariam *l. contrahitur 4. ff. de pignor. l. 1. in princ. ff. de pign. act. juncto §. item Serviana 7. inſtit. tit. de action. & l. pignoris 17. ff. de pignor.* quod de jure civili neque obligationem neque actionem produceret *l. juris gentium 7. §. ſed cum nulla l. ſi tibi 17. §. 1. ff. de pact.* Prætor igitur tuetur in pignore legatarium, qui prior pignus accepit, cumque præfert poſteriori, cùm exiſtente conditione appareat pignus à legatario ritè contractum fuiſſe, quia pignoris obligatio etiam futuræ obligationi poteſt accedere, & principalem obligationem præcedere *l. res hypothecæ 5. ff. de pignor. l. grege §. penult. ff. eod.* Quamobrem cùm & ritè contractum ſit, & prius, pro priore, & anteriore à prætore habetur, nec ipſi præfert poſterius pignus, quod circumſcribendi prioris creditoris cauſa, qui jam ſibi conſulto caverat, poſtea contractum eſt. Nimirum prætor in hoc ſe- 16
cutus eſt, & imitatus jus civile, ut ſolet *l. ſcio 14. ff. de teſtib. l. cum ſponſus 12. §. ſi res ff. de public. in rem act. l. factam 63. §. ſi ſub conditione ff. ad S C. Trebell.* Jus civile, ſi ſervus, aut filius contraxerit ſub conditione, cum manumiſſus fuerit, aut emancipatus, idque dolo malo fecerit, ſtatuit obligationem domino, patrive acquiri, perindè ac ſi purè contracta fuiſſet, cùm erant in poteſtate, ne præbeat occaſionem ſervis, ac filiis eludendi poteſtatem, cui ſubjecti ſunt, & in fraudem dominorum ac parentum ita ſemper, aut frequenter ſtipulari *l. ult. ff. de ſtip. ſervor.* Moderatur enim huic regulæ de retrotrahenda conditione jus civile, prout ratio, & æquitas poſtulat. Non abſimile & quidem elegantiſſimum exemplum proponit Africanus in *l. quidam 46. ff. de hæred. inſt.* Titius filiumfam. ſub conditione emancipationis inſtituere volens, id ipſi communicavit. Filius veritus, ne fortè pater offenderetur, Titium rogavit, ut Cajum amicum ſuum inſtitueret, eumque juberet ſibi emancipato hæreditatem reſtituere. Titius Cajum inſtituit, ſed de reſtituenda hæreditate filio emancipato non rogavit: fortè quia ſciebat Cajum cum filio de hoc conveniſſe. Cajus mortuo teſtatore nolebat hæreditatem adire, aut aditam emancipato reſtituere recuſabat. Quærit Africanus, an cogi poſſit, & qua actione, & an actionem habeat Pater, an filius. Reſpondit cogi poſſe actione mandati, cùm de reſtituenda hæreditate à filio rogatus fuiſſet,

Digitized by Google

& ea actione ipſum filium agere poſſe, non patrem. Eſt hoc contra regulam traditam in *l. filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* Mandatum contractum eſt à filio, dum erat in poteſtate patris, ergo exiſtente conditione emancipationis patri debet acquiri obligatio, & actio mandati: ita ſanè dictat propoſita regula: ſed bona fides & æquitas non patitur, ut contra voluntatem defuncti pater ejus hæreditatem conſequatur. Idcirco cùm filio detur actio ex æquitate, quæ ipſi non competeret ſtricto jure, non directam, & vulgarem, ſed utilem actionem habet: directa enim patri competeret, niſi repugnaret voluntas teſtatoris. Fallitur hìc Accurſius, qui ait non eſſe hìc contractum. Satis ipſum confutant illa Africani verba: *cùm à filiofam. rogaretur amicus, & aditurum ſe hæreditatem recepiſſet, & reſtituturum.* An hæc verba non continent mandatum, & quidem expreſſum? *l.* 1. *in princ. & in §. item ſi & toto tit. ff. mandati.* Nec eſt, quod nos turbet ac torqueat *l. ſi mandatum* 12. §. *fugitivus* 9. *ff. mand.* quam huic legi opponit Accurſius: nam ibi ſervus manſerat in poteſtate domini, & ideo domino quæſita eſt actio §. *item vobis inſtit. tit. per quas perſon. cuique acq. l. acquiruntur,* 10. §. 1. *l. etiam invitis* 32. *ff. de acquir. rer. dom. l. quemadmodùm* 46. *ff. de jur. dot.* Aliud exemplum proponit Africanus in fine ejuſdem legis de filiofam. qui fidejuſſit, & poſt emancipationem ſolvit. Huic etiam datur utilis actio mandati ad repetendum, quod ſolvit: ſcilicèt datur ex æquitate: directa enim ſtricto jure danda eſſet patri, in cujus poteſtate erat filius, quando contraxit, ſed hìc non ſpectatur tempus contractûs, ſed ſolutionis, quo cœpit jus exercendæ hujus actionis. Non abſimile exemplum affert Papinianus in *l. ſi debitori* 47. *ff. de fidejuſ. Filiusfam. ita fidejuſſorem accepit: quantam pecuniam credidero, fide tuâ eſſe jubes?* & emancipatus credidit. Fidejuſſor non patri obligatus eſt, ſed filio *humanitatis intuitu*, filioque datur actio utilis: quæ ab Ulpiano dicitur actio *in factum* in *l. ſi vero* 12. §. *ſi filiofam.* 6. *ff. mandati.* Propiùs ad rem noſtram accedit Pomponii reſponſum in *l. ſi à te* 10. *ff. ut legat. nom.* Titius hæres legatario conditionali ſatisdederat: mortuus eſt; antequàm adiretur ejus hæreditas, extitit conditio legati: fidejuſſor legatario tenetur, & conveniri poteſt, licet nondum quiſquam ſit hæres, cui fidejuſſoria obligatio innitatur, & qui ex principali obligatione poſſit conveniri. Fidejuſſori pignus comparatur in *l. ſi ex legati* 18. *in fin. ff. de pignor.* Propterea etiam pignus poſt exiſtentem conditionem perindè habetur ac ſi priùs fuiſſet obligatum, ne ſit in poteſtate hæredis fraudare legatarium, & edictum prætoris eludere ſupplantando legatarium ope Prætoris præſidioque munitum.

Hactenùs de pignore. Sunt & alia argumenta, quibus confici videtur, etiam in legatis retrotrahi conditionem, quæ confutare oportet. Occurrit primo reſponſum Papiniani in *l. fundo legato* 4. *ff. ad Leg. Falcid. ſi hæres, à quo mihi legatum eſt ſub conditione, ea pendente me hæredem inſtituat, ac poſtea legati conditio exiſtat, fundus non jure hæreditario, ſed legati meus eſſe intelligitur.* Ergo exiſtens conditio retrotrahitur; prævalet enim titulus legati, qui prior eſt, ſi ſpectetur tempus mortis primi teſtatoris, titulo hæreditatis, qui poſteà ſupervenit. 17

Reſpondeo prævalere, & potiorem eſſe titulum legati titulo hæreditatis, non quia prior ſit, ſed quia potentior eſt, cum legatum habiturus fuiſſet legatarius, etiamſi hæres non fuiſſet inſtitutus. Proinde non debet ei in Falcidiam imputari.

Etenim extra cauſam bonorum defuncti computantur, quæ quis habiturus eſſet etiam alio hærede exiſtente, ut docet Paulus in *l. ſequens quæſtio* 68. *ff. de legat.* 2. Licèt enim pendente legati conditione res ſit in dominio hæredis, tamen exiſtente conditione, de dominio hæredis eximitur, & fit legatarii *l. & poſt litem* 12. §. *ult. ff. famil. herciſc.* Omnia enim, quæ ab hærede facta ſunt, evaneſcunt exiſtente conditione legati *l. ſi fundum* 105. *ff. de cond. & dem. l. grege* §. 1. *ff. de pignor. l. Seja legato* 69. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. is cui* 11. §. 1. *ff. quemadm. ſervit. amit.* Ergo res ſub conditione legata interim

hæredis eſt, exiſtente autem conditione ad legatarium tranſit *l. arboribus* 12. *alias l. ſi fur* 13. *§. ult. ff. de uſufr.* niſi dicamus, interim in ſuſpenſo eſſe, an res ſit hæreditaria, quod innuere videtur in fine ejuſdem legis Ulpianus: & facit ad rem *l. in ratione* 11. *§.*
18 1. *ff. ad Leg. Falc.* Opponit Accurſius *l. cui res* 29. *ff. de act. empti.* Ibi: *cui res ſub conditione legata erat, is eam imprudens ab hærede emit: actione ex empto poterit conſequi emptor pretium, quia non ex cauſa legati rem habet.* Hæc lex concivit turbas apud veteres interpretes. Res eſt expeditiſſima, atque illine nulla turba. Qui rem ſibi ſub conditione legatam emit imprudens ab hærede: aut rem emptam accepit, & pretium ſolvit, aut non accepit: Si rem accepit ſoluto pretio; utique eam habet ex cauſa emptionis, non ex cauſa legati, eujus conditio nondum extitit. Exiſtente autem conditione, cùm alienatio ab hærede facta revocetur, & fiat irrita *l. ſervo legato* 69. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. *l. ult. §. ſin autem ſub conditione C. commun. de legat.* non habet amplius ex cauſa emptionis, quæ jam eſt irrita, ſed ex cauſa legati, ex qua ipſo jure transfertur dominium *l. legatum* 110. *ff. de legat.* 2. *l. à Titio* 64. *ff. de furt. l.* 1. *in fin. ff. de public. in rem act.* Itaque cùm nulla ſit emptio, poterit emptor pretium, quod cauſa emptionis ſolverat, actione ex empto recuperare, & rem ex cauſa legati retinere *d. l. cui res.* Quod ſi rem non acceperit, poteſt agere ex teſtamento, eamque ex cauſa legati conſequi, adeoque ſi hæres venditor agat ad pretium actione ex vendito, abſolvendus erit, quia rem non habet ex cauſa emptionis *l. hujuſmodi* 84. *§. qui ſervum ff. de legat.* 1. Si vero pretium ſolverit, & rem non acceperit, actione ex teſtamento rem legatam conſequetur: actione ex empto pretium ſolutum recuperabit *d. §. ſi ſervum verſic. quod ſi pretio.* Rurſus ſi agens actione ex empto cùm pretium ſolverit, compererit, rem emptam ſibi fuiſſe legatam, & ad eam conſequendam agat ex teſtamento; non aliter hæres abſolvi debebit, quam ſi & pretium reſtituerit, & rem legatam actoris fecerit *d. §. verſ. quid ſi judicio.* Licèt enim ab initio actione ex empto rem petierit, tamen reſoluta emptione propter legatum, actio ex empto ad pretium recuperandum dirigitur, & actio ex teſtamento ad rem legatam obtinendam. Poteſt tamen etiam ad pretium, quod ipſi abeſt, agere ex teſtamento, ſi rem fuerit ex cauſa emptionis conſecutus *l. planè* 34. *§. quòd ſi rem ff. de leg.* 1.

Secundo poteſt opponi *l. Neratius* 7. *ff. de* 19
manum. teſtam. Teſtator his verbis ſervo libertatem dedit: *ſi mihi nullus filius erit, cùm moriar, Stichus liber eſto*: ſi poſthumus naſci ſperetur, & non naſcatur, Stichus retro liber fuiſſe videtur. Quidam hujus legis auctoritate perculſi exiſtimarunt, in legato libertatis retrotrahi conditionem: atque id, ut eſt natura Doctorum, ut numquam, ubi conſtiterunt, pedem figant, ad legatum pium produxerunt. Sed falſiſſimum eſt, in legato libertatis trahi retro conditionem. Hac in re deterioris conditionis eſt aliis legatis. Aliorum legatorum dies cedit à morte teſtatoris, nec diei ceſſioni moram facit aditio hæreditatis *l. ſi poſt diem* 5. *§.* 1. *& l. hæredis* 7. *in princ. ff. qu. di. leg. ced.* Dies legati libertatis non cedit, niſi ab adita hæreditate: imo & dies legati ſervo cum libertate relicti *d. l. hæredis in fin. cum leg. ſequ. ff. qu. d. leg. ced. §. Si peculium, inſt. tit. de legat.* In cæteris legatis ſpectatur tempus mortis, in hoc tempus aditæ hæreditatis, *d. §. ſi peculium, & l. denique* 8. *§. ult. ff. de pecul. legat.* quia non poteſt acquiri ſervo ante libertatem, & libertas ei non competit, niſi à die aditæ hæreditatis, *l. nam cùm libertas* 8. *ff. quando d. leg. ced.* Quod autem ad legatum conditionale libertatis, ſatis conſtat pendente conditione ſtatu liberum eſſe ſervum, *l. ſtatu liberum* 9. *in princ. ff de ſtatu liber. l. & poſt litem* 12. *in fin. ff. fam. erciſc. l. ſtatu liberum* 11. *in princ. ff. de legat.* 2. *l. edictum §. ult. ff. de quæſt. l.* 1. *§. ſervi ff. de S. C. Syllan.* & à cæteris ſervis nihilo pene differunt tam quoad actiones tum ex delicto, tum ex negotio geſto contractuque provenientes, quàm quoad publica judicia *l. ſtatu liberi* 29. *in princ. ff. de*

Digitized by Google

ſtatulib. & quod conditio non retro trahatur certiſſimo argumento eſt, quod ſi ſtatulibera pepererit, partus eſt heredis ſervus *l. ſtatulibera* 16. *ff. eod.* & quod ſtatuliberi peculium creſcit, ac decreſcit uſque ad tempus libertatis, & ad ipſum acceſſio pertinet, ac deceſſio *l. ſi hereditas* 28. *in fin. ff. eod. l. pen.* §. 1. *ff. de pecul.* Nam ſi traheretur libertas retro ad tempus mortis, peculium ab illo tempore neque creſceret, neque decreſceret, quia ſpectandum eſſet, quid foret in peculio tempore mortis *d. l. penult. in princ. l. denique* §. *fin. ff. de pecul. legato* §. *ſi peculium inſt. tit. de legat.* Neque ſtatuliberæ filius ſervus eſſet, quia ſi retro fingatur extitiſſe conditio, ex libera natus erit *l. apud hoſtes* 9. *l. in bello* 12. §. *ult. cum leg. ſeq. l. poſtliminium* 19. §. *Si ſtatuliber verſ. diverſum ff. de capt. & poſtlim. rev.*

Hiſce præmiſſis ad *d. l. Neratius* 7. reſpondetur, quod cum ex poſt facto apparuerit, mulierem non fuiſſe prægnantem; apparuit, etiam nullum filium fuiſſe teſtatori eo tempore, quo mortuus eſt, & ideo ab eo tempore Stichus liber fuit. Licet enim ignoraretur an mulier utero gereret; adeoque ignoraretur etiam, an extitiſſet conditio; tamen ex poſt facto apparet, ventrem vacuum fuiſſe, & retro extitiſſe conditionem, eaque exiſtente Stichum retro liberum fuiſſe, quia per rerum naturam certum erat mulierem non eſſe prægnantem quamvis id non appareret, & à nobis ignoraretur. *Quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licèt apud nos incerta ſint*: ut ait de conditionibus de præſenti, & de præterito Juſtinianus in §. *conditiones* 6. *de V. O. l. ſi ita ſtipulatus fuero* 120. *ff. eod. l. cum ad præſens* 37. *ff. de reb. cred.* ſicut igitur qui in utero eſt, quo ad ejus commodum & favorem pro jam nato habetur *l. qui in utero* 7. *ff. de ſtat. hom.* ita favore libertatis, qui non naſcitur, numquam in utero fuiſſe intelligitur; ut indicant verba illa in fine legis: *quod magis arbitror probandum.*

20 Concludamus igitur. Si ne favore quidem legatæ libertatis trahitur retro conditio: multo minus aliorum legatorum favore. Imò nec manifeſta æquitas id efficit, ut retro trahatur conditio adjecta legatis. Nam edictum Prætoris de collatione bonorum manifeſtam habet æquitatem, ut ait Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de collat. bon.* & tamen in ea non retrotrahitur conditio legati, ſed tantummodo ſtipulationis *l.* 2. §. *id quoque* 3. *ff. eod.*

Supereſt, ut examinemus fundamenta contrariæ deciſionis. Primùm autem ſtatuit hoc: Rotam in diverſitate opinionum, non tam moveri numero Doctorum, quàm rationibus. Rectè quidem, ſi id ſemper obſervaret. Rationes autem duas affert. Prima eſt, ne ſit in poteſtate heredis eludere legatarios. Bella ſane ratio, niſi huic jam olim obviam iviſſet Prætor edicto ſuo, quo providentiſſimè conſuluit legatariorum ſecuritati, ut paulo ante demonſtratum eſt. Proviſum etiam ab Antonino Imperatore, ut refert Ulpianus *in l.* 5. §. *Imperator* & §. *ſeqq. ff. ut in poſſeſſ. legat.* Proviſum à Juſtiniano in *l.* 1. *c. com. de legat.* & in duabus LL. *ſeqq.* ubi multa ſingularia ſtatuit favore legatorum dando legatariis tacitam hypothecam in omnibus bonis teſtatoris, & tres actiones, perſonalem, rei vindicationem, & hypothecariam, adeo ut nullus fere alius ſit in jure novo creditor, cui magis fuerit à lege proſpectum. Quamobrem leges calumniatur, qui hoc ait: in poteſtate heredis eſſe legatarios eludere, ſi conditio non retrotrahatur. 21

Altera ratio ducitur à Juſtiniani conſtitutione in *l.* 1. *c. comm. de legat.* ubi Imperator legatariis tres illas actiones concedit, ut omnibus modis voluntati teſtatoris ſatisfiat. Hæc autem proviſio teſtatoris impleri non poteſt, niſi per nativitatem hypothecæ de tempore teſtamenti, ut inde oriatur actio. Hoc ſane novum eſt & inauditum, conditionem retrotrahi ad tempus teſtamenti, & eo tempore naſci obligationem, & actionem. Quod conditio trahatur retro ad tempus aditæ hereditatis, vel mortis teſtatoris, & tum temporis naſcatur obligatio; id quidem abſonum eſt naturæ legati legumque præceptis: quod retrotrahatur ad tempus conditi teſtamenti, & inde naſcatur obligatio, id verò eſt abſurdiſſimum. 22

Sed verba legis expendamus. Si enim teſtator ideo legata vel fideicommiſſa reliquit, ut omnimodo perſonæ ab eo honoratæ ea percipiant, apparet ex ejus voluntate etiam præfatas actiones contra res teſtatoris eſſe inſtituendas, ut omnibus modis voluntati ejus ſatisfiat. Quid hæc ad retrotrahendam conditionem? verba, omnimodo, omnimodis, omnibus modis, idem cuncta ſignificant. Teſtator vult *omnimodo* legata relicta percipi à legatariis, Juſtinianus vult *omnibus modis* ſatisfieri voluntati teſtatoris. Ergo Juſtinianus nihil amplius vult, quàm ipſe teſtator: & verba illa *omnibus modis* nihil addunt voluntati teſtaſtoris. Fortiùs, quia Imperator movetur ad concedendam hanc hypothecam, tum exemplo aliarum conſtitutionum, quibus inducta eſt tacita hypotheca in aliis cauſis; tum exemplo teſtatorum, quibus jure permittebatur, quibus voluiſſent in teſtamentis hypothecam dare. Ibi: *in verſic. cum enim.* In legibus, quæ cuiquam tribuunt tacitam hypothecam in aliis cauſis, nihil quicquam tale: concedunt illæ tacitam hypothecam, aut ſimplicem, aut cum prælatione: prælatio autem numquam data intelligitur, niſi fuerit in lege nominatim expreſſa.

23 Teſtatoribus à jure, quod jam increbuerat, permiſſum erat, hypothecam in teſtamento dare, ſed quòd poſſent contra leges, contra naturam legati mandare, ut conditio, quam adjecerant, retrotraheretur, nuſquam ſane conceſſum *l. nemo poteſt, ff. de leg.* 1. Imò rarò occurrunt exempla pignoris in teſtamento conſtituti, nec conſtituti in omnibus bonis, ſed tantùm in uno, vel pluribus fundis, ex quibus alimenta legata perciperet legatarius, ut in *l. Lucius Titius 22. ff. de alim. legat.* in *l. fundus 9. ff. de ann. legat.* Itaque licet teſtatoribus hæc facultas duorum Imperatorum reſcriptis eſſet data *l. non eſt mirum 26. ff. de pign. act.* tamen ea facultate rarò admodum utebantur, exiſtimantes, ſatis cautum fuiſſe legatariis Prætoris edicto. Juſtinianus autem, cum teſtatores rarò ſibi ſuiſque legatariis hac ratione caverent, conceſſit omnibus legatariis hypothecam in omnibus bonis hereditariis, ùt omnimodo, vel omnibus modis ipſorum ſecuritati provideret. Sed de retrotrahenda conditione ne quidem cogitavit. Hoc enim cum ſit contra regulas juris, omnino abeo fuerat exprimendum: & cum non fuerit expreſſum, veteribus regulis relictum intelligitur *l. præcipimus 32. in fine c. de appellat.* quod enim non mutatur, quare ſtare prohibetur? *l. Sancimus 27. in princ. c. de teſtam.* Maximè quia Imperator hanc conſtitutionem accuratè exquiſiteque ſcripſit, eamque conformem aliis legibus eſſe diligenter oſtendit. Notandum eſt etiam, quod tres illas actiones conjungit, & de omnibus ſimul collectis idem diſponit. Numquid ergo rei vindicatio retrotrahetur ad tempus teſtamenti: quo tempore certum eſt, quod rei legatæ dominus eſt ipſe teſtator. Erunt igitur ejuſdem rei duo domini in ſolidum, quod eſt penitus abſurdum *l ſi ut certo 5. §. ult. ff. commod.* ſed rem conficiunt ultima legis verba: *in tantum hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum perſonalis actio adversùs eum competit*: ſed perſonalis actio competit adverſùs heredem à die exiſtentis conditionis *l. ſi poſt diem 5. §. ſed ſi ſub conditione 2. ff. quand. d. leg. ced.* ergo & hypothecaria.

24 Sed inſtat acriter *Fuſar. de ſubſtit. quæſt. 612. & conſil. 52.* exaggerando vim illorum verborum, *omnibus modis*, quæ omnem caſum comprehendunt. Ad hoc ſupra reſponſum eſt. Nunc addo, verba, *omnimodo* vel *omnibus modis* non referri ad retrotrahendam conditionem, ſed ad modos, quibus aut teſtator ſibi cavere ſolebat, de quo ſupra dixerat, aut lex legatariis conſulere. *Omnibus modis*: hoc eſt, ſive teſtator ipſe obligaverit bona ſua legatariis; ſive non obligaverit: ut innuit in verbis antecedentibus, & traditum eſt in *l. fundus 9. ff. de ann. legat.* ubi pignus prætorium concurrit cum pignore à teſtatore conſtituto. Hi duo caſus ſufficerent ad rectam eorum verborum interpretationem, ut conſtat ex *l. rem legatam 18. ff. de adim. legat. l. ſi mater 33. §. ult. ff. de vulg. l. plane 38. in fin. ff. de petit. hered. l. ſi quis 29. ff. de fideic. libert. l. mancipia 8. ff. qui*

Digitized by Google

ſine man. ad lib. l. 3. §. 1. verſ. quia in locato ff. naut. caup. l. ex ea 29. in fin. qui teſtam. fac. poſ. Sed in hac lege plures alii caſus poſſunt iis verbis comprehendi : ſive heres ſatis dederit , ſive non : ſive miſſus fuerit in poſſeſſionem , ſive non : ſive legatum fuerit ab herede , ſive à legatario. Enim vero ſi verba illa extendi ad omnem ſecuritatem debent , conſequens eſt , eos in hac actione creditoribus omnibus eſſe præferendos , cum tamen ne chirographariis quidem præferantur , vel in ipſo militis teſtamento. *l. 1. §. denique ff. ad S C. Trebell.* Juſtinianus in hac lege non diſtinguit legatarios conditionales à puris : omnibus idem jus tribuit ſimplicis hypothecæ ſine ulla prælatione , ut certiùs ſatisfiat voluntati teſtatoris. Teſtator minus dilexit legatarios conditionales , quàm puros : neque enim eos voluit omnimodo , & abſolutè conſecui legatum : id ſi voluiſſet , non adjeciſſet conditionem ;nec in incertum contuliſſet : adjecta conditione voluit legatum moderari ſecundum naturam conditionis adjectæ:hoc eſt,non deberi,ſi deficiat:deberi, ſi exiſtat , ſed à die exiſtentis conditionis , ut fert ejus natura. Hæc eſt voluntas teſtatoris , quam omnimodo voluit impleri Juſtinianus.

Sed urget iterum Fuſarius : retrotrahitur conditio quoad vindicationem *l. fin. §. ſin autem ſub conditione c. com. de legat.* Datur vindicatio , ergo & hypothecaria. Falſa omnia. Non retrotrahitur conditio : ſed Imperator, cum permiſerit alienationem propter incertum conditionis , ſtatuit exiſtente conditione , irritam eſſe alienationem ab initio, quaſi nec ſcripta , nec penitus fuerit celebrata. Ipſe fatetur *verſ.* 7.non retrotrahi conditionem *:* ſed irritari venditionem ; irritata autem venditione per eventum conditionis , tunc naſcitur vindicatio , & hypothecaria , non autem à die mortis ; nam ſi legatarius fuiſſet dominus rei tempore mortis , & ab eo tempore habuiſſet rei vindicationem , non comprobaſſet venditionem rei legatæ Imperator , ſicut paulo ante improbaverat venditionem rei purè vel in diem certum legatæ, ea ratione , quia quod alienum eſt , non licet alieno juri applicare : & quod in bonis purè non poſſidet , in alium transferre.

CAPUT X.

Ad L. 3. ff. de reb. credit.

SUMMARIUM.

1 *Duæ in mutuo quæſtiones præcipuæ.*
2 *Pecunia nonnunquam ut corpus , plerumque ut quantitas conſideratur & n. 3.*
3 *Corpora à pecunia numerata diſtinguuntur , imò ſæpenumero opponuntur.*
4 *Pecunia in mutuo conſideratur , ut quantitas & æſtimatio & n. 6 & 11.*
5 *Mutuum pecuniæ in quo differat à mutuo ſpecierum.*
7 *Alia moneta pro alia reddi poteſt , niſi damnum paſſurus ſit creditor. & n. 17. per tot.*
8 *Liberatur debitor ſolvens æſtimationem ejus , quod debet.*
9 *Ideo debitor pecuniæ in genere , ut mutuatarius , liberatur ſolvendo æſtimationem.*
10 *Pondere auri vel argenti legato non materia , ſed æſtimatio legata eſt. Contra ſi certa ſpecies deſignata ſit.*
11 *Numeratio non deſignat , quæ moneta ſpecies in obligatione deducatur. Exempla afferantur & n. 12 13. 14.*
12 *Tributa in ære vel argento indicta poterant ſolvi in pecunia ejuſdem æſtimationis , & n. 13.*
14 *Exponitur l. quæ extrinſecus 65. §. 1. ff. de verb. obl. & n. 15. 16.*
17 *Creditor in alium formam nummos accipere cogitur, ſi nullum ex ea re damnum ſentiat.*
18 *Quod ſub conditione affirmatur , ſub contraria negatur. Demonſtratur vis argumenti à contrario.*
19 *Refellitur Larrea dec. Granat. 21. & n. 21 23.*
20 *Reprobatur Amæya in tit c. de cellat ep. lib. 10.*
21 *Explicatur L. 2. C. de cond. inſert. & n. 22. 23.*
24 *Explicatur regula :* aliud pro alio ſolvi non poteſt.
25 *Item regula , quod in mutuo reſtituendu eſt res ejuſdem generis , ac bonitatis.*
26 *Pecunia in mutuo non conſideratur ut corpus.*
27 *Quod moneta proba reddenda ſit in mutuo , non efficit , ut alia reddi non poſſit.*

IN mutuo æque bonum reddi debet , ſive id à contrahentibus exprimatur , ſive non exprimatur , *l. 3. ff. de reb. cred.* & tantumdem *l. prout quiſque* 80. *ff. de ſolution.* Hinc duæ exiſtunt perobſcuræ quæſtiones : ambæ circa pecuniam numeratam. Prima eſt , an 1

in alia moneta reddi poſſit, quod acceptum eſt, dummodo ſit ejuſdem æſtimationis, & tantumdem valeat. Altera eſt, an debeat reddi tantumdem corporis, an vero tantumdem æſtimationis, ſi creverit, aut decreverit valor monetæ. In prima diſceptatur, an pro aureis, quos mutuos accepi, reddere poſſim denarios, an contra pro denariis aureos. In ſecunda, an acceptis centum aureis, totidem reddere debeam, etiam ſi creverit eorum æſtimatio.

Antequam in diſceptationem ingrediamur, operæ pretium eſt præmittere id, quod lumen præpandit utriuſque quæſtionis explicationi. Eſt autem id, quod pecunia numerata duobus modis in jure noſtro conſideratur. Aliquando, & hoc quidem raro, conſideratur ut corpus, ut materia, non aliter ac reliqua corpora. Plerumque vero, imo fere ſemper conſideratur ut quantitas, & ratione æſtimationis, non autem corporis in obligationem deducitur. Hujuſmodi differentia in *l. ſi is cui* 94. *§.* 1. *ff. de ſolut.* Ibi: *ſive in pecunia non corpora cogitet, ſed quantitatem.* Ratione corporis in obligationem nummi deducuntur in depoſito, cum ex ipſa depoſiti natura aſſervandi ſint, & cuſtodiendi, eademque corpora à depoſitario reſtituenda *l.* 1. *§. is quoque ff. de oblig. & act.* adeoque ſi deponatur tamquam quantitas, ut tantumdem, non idem corpus reſtituatur, egreditur ea res depoſiti notiſſimos terminos, ut ait Paulus in *l. Lucius* 24. *ff. depoſiti.* Secundo ſi pecunia numerata certo loco circumſcripta, aut concluſa veniat in obligationem, ut ſi legaverit aliquis *centum qua in arca habeo*: *l. plane* 34. *§. Sed hoc ita* 4. *ff. de leg.* 1. vel ſtipuletur *hanc ſummam centum aureorum. l. ſi ita ſtipulatus* 120. *ff. de V. O.* Tertio ſi pompæ vel oſtentationis cauſa vel tamquam merces aliqua deducatur in obligationem; ut de commodato pecuniæ reſpondit Ulpianus in *l.* 3. *in fin.* & Caïus *in l.* 4. *ff. commod.* & de uſufructu veterum numiſmatum Pomponius in *l. numiſmatum* 28. *ff. de uſufr.* His caſibus nec tantumdem reddi poteſt; nec alia ſpecies monetæ: Sed illud ipſum pecuniæ corpus, quod accepimus, reſtituere tenemur.

Cæterum in omnibus aliis obligationibus pecunia numerata fungitur vice æſtimationis, ac pretii: nec in ea conſideratur corpus, ſed valor, & publica æſtimatio. Idcirco in jure noſtro diſtinguuntur corpora à pecunia numerata: imo ſæpenumero inter ſe opponuntur *l. plane* 34. *§. Sed ſi non corpus ff. de legat.* 1. *l. quiſquis* 55. *ff. de leg.* 3. *l. ſi is cui* 94. *§.* 1. *ff. de ſolut. l. ſed etſi* 10. *ff. de accepti. l. ſi pœna* 19. *§ ſi falſo l. qui heredis* 46. *ff. de condict. indeb.* Quemadmodum in teſſera frumentaria non corpus ligni, vel plumbi, quo conſtat, ſpectamus: ſed quantitatem frumenti, quod per eam exigi poteſt *l. Titia* 87. *ff. de leg.* 2. Item in chirographo nulla ratio habetur tabulæ vel chartæ, in qua perſcriptum eſt nomen debitoris, ſed ipſius nominis, & obligationis, & actionis, quæ ex eo naſcitur *l. qui chirographum* 59. *ff. de leg.* 3. *l. ſervum* 44. *§. eum qui ff. de leg.* 1. *l.* 3. *§.* 1. *ff. de liberat. leg. l. mortis cauſa* 18. *§. Titio ff. de mort. cauſ. donat. l.* 2. *§.* 1. *ff. de pact.* Eleganter ad rem noſtram Paulus in *l.* 1. *in princ. ff. de contrah. empt. Electa materia eſt, cujus publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubveniret: eaque materia forma publica percuſſa, uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia prabet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, ſed alterum pretium vocatur.* Scitè, Ariſtot. *lib.* 5. *de morib. cap.* 8. ϗ διὰ τȣ̃το τȣ̃νομα ἔχει νόμισμα, ὅτι ȣ̓ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ ἐςὶ, ϗ ἐφ' ἡμῖν μεταβαλεῖν ϗ ποιῆσαι ἄχρηςον. *Atque ob id nomiſma græce dicitur, quod non natura, ſed lege valet, & in noſtra poteſtate ipſum tum mutare, tum inutile reddere,* Νόμος enim græcè *lex.* Inde dictum *numum* nonnulli arbitrantur: Sed Varro *lib.* 4. *de ling. lat.* nos docet à Siculo verbo νȣ́μμον latinos ita appellaſſe. Quid ſi Siculi nummum à numiſmate dixerint? Subdit Ariſtoteles, quod numiſma redigit ad æqualitatem res omnes, atque omnes metitur, omnes etiam diſpares, ac diſſimiles exæquat: & id ipſum quod Paulus inculcat, nummos æqualitate difficultatibus permutationum ſubvenire, in quibus vix

juſtitia ſervari poteſt, niſi pecuniæ æſtimatione ad æqualitatem redigantur.

4 In mutuo igitur ſicut in aliis fere omnibus contractibus pecunia intervenit non tam quam corpus, ſed tamquam quantitas ratione valoris & æſtimationis. Argumento eſt, quod non illa ipſa pecunia, quæ data eſt, reddi debet, quemadmodum ſolvi deberet, ſi tamquam corpus in obligationem deducta fuiſſet *l. ſed ſi certos* 51. *ff. de legat.* 1. Item quod perit periculo debitoris. §. 2. *inſtit. tit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *& ille ff. de obl. & act.* periret autem periculo creditoris, ſi tamquam corpus veniret in obligationem *l. ſi certos* 37. *ff. de V. O.* At inquies: etiam aliæ res, frumentum, vinum, oleum deducuntur in mutuum ratione quantitatis, non corporis: cum mutuum conſiſtat ſolummodo in his rebus: quæ numero, pondere, menſurave conſtant, hoc eſt, in quantitate: hæ enim ſolæ functionem recipiunt, non vero corpora *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. l.* 1. §. *re* 2. *ff. de obl. & act.* Ita ſane.

5 Verum hoc intereſt inter pecuniam numeratam, aliaſque res, quæ functionem in genere ſuo recipiunt, frumentum, vinum, oleum, quod hæ in mutuum deducuntur ratione quantitatis, non vero ratione æſtimationis: quod enim plus, minuſve valeant, nihil ad mutuum: ſolummodo numerus, pondus, menſura conſideratur, ſpectaturque, quis numerus modiorum amphorarum, metretarum, quod pondus lapidi, carnis, & aliarum ejuſmodi rerum, quæ mutuæ dantur. Contra pecunia nummique ratione non ſolum quantitatis, ſed maxime æſtimationis in mutuum deducuntur. Quantitas enim in pecunia eſt ipſamet æſtimatio. Hac enim de cauſa fuit inventa, ut res omnes per eam æſtimarentur, & ad æqualitatem reducerentur, ut probavimus Pauli noſtri, & Ariſtotelis auctoritate. Pecuniæ conſtans eſt, & certa ſemper æſtimatio, utpote quæ à lege definitur. Aliarum rerum incerta eſt & ſemper varia, ut pote quæ pro caritate, aut vilitate annonæ modo pluris, modo minoris æſtimantur. Æſtimantur autem non invicem, ſed ſolummodo pecunia. Neque enim frumentum vino, aut vinum oleo æſtimatur: nec æſtimari poteſt, niſi utriuſque pretium ad certam pecuniæ ſummam reducatur, atque ita ad æqualitatem redigatur. Quocirca pecunia eſt rerum æſtimatio, & quidem certa & immutabilis, neque arbitrio, aut affectione contrahentium augeri, minuique poteſt: ac nulla res præter ipſam eſt alterius æſtimatio. Conſequens 6
igitur eſt, ſolam pecuniam numeratam ratione ſuæ æſtimationis mutuam dari. Atque hoc indicat Paulus in laudata *l.* 1. cum ait ipſam uſum, dominiumque non tam ex ſubſtantia præbere, quam ex quantitate: eamque non tamquam mercem in contractum deduci, ſed tamquam pretium.

Jactis hiſce fundamentis, quæ nullius 7
auctoritate convelli poſſunt, utriuſque quæſtionis controverſia mihi videtur eſſe ſublata: Quantum ad primam attinet, certiſſimum puto, aliam pro alia monetam, nummos æreos pro argenteis, argenteos pro aureis, & viciſſim unos pro alteris reddi poſſe, niſi ex ea re damnum paſſurus ſit creditor. Ut puta ſi aliquod fuerit intertrimentum pecuniæ, veluti collybus, vel ſi eam alio tranſportare deſtinaverit, ubi minoris æſtimatur: vel ſine incommodo, aut diſpendio nequeat eo transferri, *l.* 4. §. *melior ult. ff. de addict. in diem.* Quomodocumque damnum patiatur, non tenetur creditor in aliam formam nummos accipere *l. debitorem* 99. *ff. de ſolut.* Hoc tamen damnum æſtimari debet ex detrimento rei familiaris, non ex affectione creditoris, ut fieri ſolet in jure noſtro *l.* 3. *ff. de damn. infect. l. pretia rerum* 63. *in princ. ff. ad l. Falcid.*

His probatis, & animadverſis, conſe- 8
quens eſt, liberari debitorem, qui in aliam formam nummos reddit creditori. Nam ex probatis, qui debitor eſt pecuniæ numeratæ, & ſolvit eamdem æſtimationem in pecunia numerata, ſolvit id quod debet, cum non ſit debitor corporis, ſed æſtimationis nummorum. Atqui debitor, qui ſolvit id, quod debet, liberatur ab obligatione *princ. tit. inſtit. quib. mod. toll. oblig. l. ſi pupillus* 21. *ff. ad leg. Falcid. l. in numerat.* 44. *ff. de ſolut.*

Quod

Quod autem debitor, ſolvendo eamdem æſtimationem, ſolvat id, quod debet, præter ea, quæ paulo antè ſunt demonſtrata, probatur etiam ex *l. Titia amica.* 45. *ff. de aur. & arg. leg.* Ibi: *Paulus reſpondit, aut aurum ei, de quo quæritur, præſtari oportere, aut pretium auri, quanti comparari poteſt. l. 1. in fin. ff. de aur. & arg. leg. cui certum pondus argenti dare heres juſſus ſit, pecuniam numeratam dando ipſo jure liberatur, ſi in ea pecunia eadem æſtimatio ſit.* & in *l. cum aurum.* 19. §. 1. *ff. eod.* Ibi: *non materiam, ſed pretium præſtare debet*, & in *l. ſi quis argentum.* 35. *in princ. C. de donat.* Ibi: *ſive in ipſa æſtimatione, quæ pro maſſa rudi in illis locis frequentata eſt.* In his omnibus obſervandum eſt, quod non ſolum pro auro, & argento præſtatur pretium & æſtimatio, eaque præſtita debitor ipſo jure liberatur,
29 ſed etiam quod non præſcribitur debitori, ut pro auro legato præſtet pecuniam auream, pro argento argenteam: cum enim liberetur præſtando æſtimationem & pretium, in quacumque ſpecie pecuniæ id ſolvere poteſt, dum æſtimatio pecuniæ, quam ſolvit, eadem ſit, quæ auri, & argenti. *d. l. 1. in fin.* Ex quibus ita concludi poteſt. Si ille, qui debitor eſt maſſæ rudis argenti vel auri, ſolvendo ejus æſtimationem in quacumque pecunia, ſolvit id quod debet, & ipſo jure liberatur, multo magis liberabitur ille, qui pecuniam debet, eamque in genere,ut mutuatarius. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Qui debet aurum vel argentum rude non ſignatum, poteſt ſolvere argentum ſignatum vel aurum, ergo multo magis, qui debet aurum, vel argentum ſignatum. Accedit, quod legato auro vel argento, quidquid auri argentique relictum ſit, legato continetur, ſive factum, ſive infectum, non autem pecunia ſignata. *l. cum aurum.* 19. *in princ. ff. de aur. & arg. leg.* Ergo pecunia ſignata, pro auro, & argento facto infectove non habetur: & tamen pro eo rectè ſolvitur. Multo magis igitur pecunia ſignata, pro pecunia ſignata rectè ſolvetur.

Neque reponas, quod pro auro vel argento pecunia rectè ſolvitur, ſi non ſit ejus ſpecies deſignata. *l. cum certum.* 9. *ff. eod.* in mutuo autem ſemper ſpecies deſignatur facto ipſo, ſi non verbis: nam ex ipſa numeratione pecuniæ, quæ in mutuo interveniat neceſſe eſt, conſtat, quæ ſpecies pecuniæ in obligationem deducta ſit. Etenim ipſa legis verba nobis ſuggerunt, quod re geramus: ibi: *non materia, ſed pretium*: Cùm certum 10
auri, vel argenti pondus legatur, non materia, ſed pretium & æſtimatio legari videtur. *d. l. 8. l. 1. in fin. ff. eod.* Contra cum certa ſpecies deſignatur, materia non pretium legatum eſt. *d. l. 1. & l. 9.* Cùm enim legatur certa ſpecies auri vel argenti, corpus ipſum auri argentique, quod deſignatum eſt, legato continetur. Quoties autem in obligationem deducitur certum aliquod corpus, illud ipſum præſtari debet, etiam ſi fuerit pecunia numerata, ut antè demonſtratum eſt. Fac legatum fuiſſe argentum factum, ut in. *l. cum certum.* 19. alias *l.* 20. §. *argento facto*, vel vaſa argentea, ut in. §. *ſed cui vaſa*: vel argentum eſcarium, ut in. §. *ſi cui eſcarium.* vel argentum potorium, ut in. *l. in argento.* 21. *in princ. ff. eod.* vel argentum viatorium, vel balneare, ut in *l. ult. in princ.* & in §. 1. *ff. eod.* Cùm legato contineatur ſolummodo ea ſpecies argenti, quod teſtator habebat, cum teſtamentum faciebat. *l. cum certum.* 19. *in princ.* & *l. ult. in princ. ff. eod.* utique legatum videtur certum illud corpus argenti, quod teſtator deſignavit, quemadmodum cum legat pecuniam, quam in arca habet. *l. ſi ſervus.* 108. §. *qui quinque.* 10. *l. Sed ſi certos.* 51. *l. planè.* 34. §. *ſed hoc ita.* 4. *ff. de leg.* 1. & ideo inutile eſt legatum, ſi deſit certum illud corpus, quod teſtator deſignavit. *l. 1. §. ſed* 11
etſi dotem ff. de dote præleg. In mutuo autem pecunia numerata non ratione corporis, ſed quantitatis intervenit,ut ſupra probatum eſt: neque numeratio deſignat,aut demonſtrat certum corpus, ac ſpeciem, ita ut ad eam ipſam reſtituendam mutuatarius obligetur: imò contra ex natura mutui non poteſt obligari ad reſtituendum id ipſum, quod accepit: non enim mutuum contraheret, ſed depoſitum vel commodatum. *l. 2. in princ. ff. de reb. cred.*

Digitized by Google

12 Progediamur ultra: Controverſiam dirimit Seneca, *lib. 6. de beneſic. cap. 5. Nam & pecuniam dicimur reddidiſſe, quamvis numeravimus pro argenteis aureos.* Nihil clariùs, atque id legibus noſtris eſt conſentaneum. Plin. *lib. 33. cap. 3. ſed præter alia equidem miror populum Romanum victis gentibus in tributo ſemper argentum imperaſſe, non aurum. Excipe Cyprum & paucas alias, quibus tributum in ære imperatum.* Licet autem in ære, vel argento indiceretur, tamen pro ære, vel argento aureos ejuſdem æſtimationis ſolvére poterant. *l. un C. de collat. ær. l. un. C. de argent. pretio* quæ non ideo latæ ſunt ab Imperatoribus, ut provincialibus permitterent, quod ipſis antea id minimè liceret: ſed ut ſtatuerent, quanta auri ſumma pro ære, vel argento indicto ſolvenda eſſet: ut conſtat tum ex utraque rubrica *de colatione æris*, & *de argenti pretio*; tum ex utraque lege, ſi accuratè perpendantur. Nam & antea in aliam formam ſolutio fieri poterat: ideoque Neronis acerbitas objurgatur, quod nummum aſperum, argentum puſtulatum, aurum obryzum exegerit, ut in ejus vita refert Sueton. *cap. 44.* non tamen ait, quod pro nummis aureis argenteos, aut pro argenteis aureos accipere recuſaverit, ſed monetam recentem, non uſu detritam, aut commixtam aliis metallis ſolvi voluit: nihilominus tamen plerique omnem collationem palam recuſarunt. Liv. *lib. 38. in edit. Pa-*
13 *riſ. 1682. De pecunia ſumma quam penderent, penſionibuſque ejus, nihil ex eo, quòd cum Coſ. convenerat, mutatum. Pro argento ſi aurum dare mallent, darent, convenit: dum pro argenteis decem, aureus unus valeret.* Non erit hîc aureus Romanus, qui pro viginti quinque denariis valebat: ſed aureus Ætolorum ſeu Atticorum. Hujuſmodi igitur ſolutio commoda erat Ætolis, qui propriam ſuæ regionis monetam ſolvebant: incommoda Romanis, qui alienam accipiebant: ac propterea id pacto cavere oportuit. Stipendia quoque militaria licèt in argento, aurove conſtituerentur, tamen in ære ſolvebantur, ut probat doctiſſimus Gronovius *de pecun. vet. lib. 3. cap. 2. in fine.*

Senecæ dictum confirmat Florentinus in 14
l. quæ extrinſecus. 65. §. 1. ff. de V. O. Verba Florentini ſunt: *ſed etſi in rei, quæ promittitur, aut perſonæ appellatione varietur, non obeſſe placet: nam ſtipulanti denarios, ejuſdem quantitatis aureos ſpondendo obligaberis: & ſervo ſtipulanti Lucio domino ſuo, ſi Titio, qui idem ſit, daturum te ſpondeas, obligaberis.* Multa in hac lege ſunt obſervanda. Primum, quòd qui pro denariis promittit aureos, non rem ipſam variat, ſed ſolùm rei appellationem, quemadmodùm ſi de perſona Lucii Titii tractantes, alter Lucium nominet, alter Titium, non variatur perſona, ſed appellatio. Ergo & qui ſolvit aureos pro denariis, non aliud ſolvit, ſed id ipſum quod debet; nulla enim varietas eſt in ipſa re, aut differentia: quemadmodum rectè ſolveret, qui cùm eſſet debitor Lucii, ſolveret Titio, qui idem ſit ac Lucius: licet alteri, quam creditori non rectè ſolvatur. *l. ſi duo rei 128 ff de. V. O. l. ſi verò. 8. cum ſeq. ff. de conſtit. pecun.* eſt enim eadem perſona licèt nomen ſit variatum: non aliter ac ſi interroganti latinè, tu græcè reſpondeas. *§. 1. inſtit. tit. de V. O.* verbis
enim diſcrepans eſt, ſententiâ congruens 15
reſponſio.

Secundò, quòd licèt Florentinus agat de ſtipulatione, tamen ratio, qua movetur, generalis eſt, & mutuo æque convenit, ac propterea id etiam de mutuo dictum exiſtimare debemus. *l. illud quæſitum. 32. ff. ad l. Aquil* Hac enim in re ſimillimum eſt mutuum ſtipulationi contrahendæ: ut contrahatur ſtipulatio, debet promiſſor reſpondere ſe daturum, facturumve id, quod eſt interrogatus. *l. ſtipulationum. 5. § ſtipulatio. ff. de V. O.* ut mutuum rectè contrahatur, debet mutuatarius obligari ad reſtituendum id, quod accepit. *l. 2. princ. & in §. 1. in fin. ff de reb. cred.* Si congruit interrogationi reſponſio, cum interrogatus de denariis ſpondet aureos, utique congruit etiam traditioni reſtitutio, cum ei, qui denarios tradidit, aurei reſtituuntur. Imò multo reſtrictiùs à lege exigitur convenientia interrogationis, & reſponſionis in contrahenda ſtipu-

latione, quam traditionis, ac reſtitutionis in mutuo; quoniam ſi reſponſio adjiciat aliquid vel detrahat interrogationi, nulla contrahitur obligatio. *l. 1. §. ſi quis ſimpliciter eum ſeq. ff. de V. O. §. præterea inſtit. tit. de inut. ſtipul. l. inter. 83. §. ſi ſtipulante 2. ff. de V. O.* contra in mutuo ejus reſtitutioni locus abjici poteſt. *l. aut mutua. 6. ff. de eo quod cert. loc.* dies, *l. vinum. 22. verſ. ſi dictum eſſet, & l. certi condictio. 9. ff de reb. cred.* qui etiam non adjectus tacitè ineſt. *l. 2. §. re contrahitur*: Ibi, *poſteà recepturi. ff. de obl. & act.* & alia hujus generis. Rurſus ſi quis ſtipuletur aliquam ſpeciem, non poteſt promiſſor de alia reſpondere, & aliam diverſam promittere: multo minus ſtipulanti vinum vetus poterit promittere vinum novum; neque enim reſponſio contineret id ipſum, quod interrogatio. *d. l. 5. §. ſtipulatio ff. de V. O.* Contra in mutuo non ſumus recepturi eandem ſpeciem, quam dedimus. *l. 2 in princ. ff. de reb. cred* nec aliud pro alio ſolvere videtur, qui aliam ſpeciem ſolvit. *d. l. 2. §. 1.* & quod poſſit mutuatarius paciſci, ſe redditurum vinum novum, licèt vetus acceperit: & qui accepit triticum Africanum, poſſit ex conventione Gallicum reddere, non eſt dubitandum: quia licèt mutuatarius ſi nihil cautum fuerit, id egiſſe intelligatur, ſe redditurum æque bonum. *l. cum quid 3. ff. de reb. cred* tamen ſi contrarium cautum fuerit, id ſervandum erit: neque enim confugere debemus ad præſumptam ac tacitam voluntatem, cum habemus expreſſam *l. ille, aut ille. 25. §. 1. ff. de leg. 3.* Quinimo mutuum valere puto, ſi ea lege vinum detur, ut acetum reddatur, ſcilicèt vinum, quod acuit, non autem embamma; quia eadem prope ſubſtantia eſt. *l. in venditionibus. 9. §. ult. ff. de contrah. empt.* Largiùs igitur æſtimamus conjugationem & congruentiam reſtitutionis in mutuo, quàm reſponſionis in ſtipulatione.

16 Tertiò, quod quamvis J C. proponat exemplum ejus, qui promittit aureos pro denariis; tamen idem dicendum, ſi quis ſtipulanti aureos, promittat ejuſdem quantitatis denarios: eadem enim eſt omnino ratio; quia & hìc appellatio, non res variatur. Ideo autem ſtipulantem denarios proponit, quia in contrahendo, & rationibus conficiendis Romani pecuniæ ſummam aut nummis ſeſtertiis, aut denariis exprimere ſolebant, ut in *l. Publia. 26. §. 1. ff. depoſ.* in *l. lecta 40. ff. de reb. cred.* in *l. ult. ff. de inſtit. act. l. planè. 21. ff. de condict. Indeb.* Quod & in tributo indicendo uſurpaſſe Romanos miratur Plinius, ut paulo ante indicavimus. In pœnis infligendis aureos imperitare ſolebant, ut in *l. penult. ff. de in jus voc.* in *l. 2. ff. in jus voc. ut eant* in *l. lege 15. ff. de S. C. Syllan.* in *l. un. C. ad leg. Jul. de ambitu.* Ita & Hadrianus Imperator ſervos juſſit aureos viginti domino ſolvere, ſi vellent retinere libertatem, quam ex falſis codicillis acceperant, vel ex teſtamento, quod inofficioſum poſtea pronuntiatur. *l. pen. in fin. ff. de jur. patron. l. 2. C. de fideicomm. libert. l. cum ex falſis. 47. ff. de manum. teſtam. l. ſi autem. 9. ff. de inoff. teſtam.* ſecus autem reſponſum eſt in *l. ſi mulier ff. de minor.* quia ibi libertatem acceperant ex teſtamento valido.

His obſervatis, hujus legis auctoritate 17
reor omnem dirimi controverſiam. Sed præſto eſt Paulus, qui rem minimè dubiam facit apertiſſimam in *l. creditorem. 99. ff. de ſolution.* aliàs *l. debitorem. Creditorem*, inquit Paulus, *non eſſe cogendum in aliam formam nummos accipere, ſi ex eâ re damnum aliquod paſſurus ſit.* Ergo ſi nullum damnum paſſurus ſit, cogendus eſt in aliam formam nummos accipere: atque hoc eſt, quod defendimus. Eſt hoc fortiſſimum argumentum teſte Papiniano, cujus auctoritatem minutis quibuſdam Doctoribus, eorumque cavillationibus longè antepono. Ait hic in *l. 1. in princ. verſ. hujus rei ff. de offic. ejus cui mand. eſt juriſd. Hujus rei fortiſſimum argumentum, quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is, cui obtigerit exercitio, poſſit eam ſi proficiſcatur, mandare: non aliter itaque mandare poterit, quàm ſi abeſſe cœperit.* Hoc fortiſſimo argumento Juriſconſultorum Princeps Papinianus, hoc eodem & nos ni-

Digitized by Google

rimur. Argumentum ratio ipſa confirmat. Qui affirmat aliquid ſub conditione, idipſum tacitè negat deficiente conditione. Qui legat, aut promittit aliquid: *ſi navis ex Aſia venerit*: nihil omnino legat, nihil promittit navi ex Aſia non veniente. In verbis ipſis tacitè ineſt contraria conditio ex perſpicua voluntate proferentis. Labeo & Javolenus in *l. quibus diebus*. 40. §. *quidam ff. de cond. demonſt.* Ibi: *quia nihil interſit, utrum ita ſcribatur: quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, ſi mater mea moritur, dato: an ita; niſi mater mea moritur, ne dato. Utrobique enim ſub conditione vel datum, vel ademptum eſſe legatum.* Labeo & Javolenus in hac lege reprobant contrariam Ofilii ſententiam. Quidni & ego reprobem ſententiam eorum, qui acutis quibuſdam cavillationibus vim hujus argumenti conantur eludere? In eadem ſententia fuit Scævola in *l. aliquando*. 107. *verſ. ex diverſ. ex diverſo ff. eod.* Ibi: *quod ſub conditione ademptum eſt, ſub contraria conditione datum intelligitur.* Idem traditum à Juliano in *l. ſi legatum*. 10. *ff. de adim leg.* Ibi: *nam legatum cum ſub conditione adimitur, perindè eſt ac ſi ſub contraria conditione datum eſſet.* Idem in *l. ſi quis ita* 13. *in fin. ff. de ſtatuliber.* Ibi: *namque ademptio libertatis vel legati ſub conditione facta, incipit contrariam conditionem legato, vel libertati, quæ prius data erat, injeciſſe.* Gajus in *l. ſi poſt mortem*. 68. §. *ſi purè ff. de leg.* 1. *ſi pure legatus ſervus ſub conditione liber eſſe juſſus fuerit, ſub contraria conditione valet legatum.* Multo longius progreditur Javolenus in *l pecuniam*. 36. *ff. de reb. cred. ſi pecuniam, quam mihi purè debes, mea voluntate alteri ſub conditione promiſeris, in eo ſtatu eſt obligatio, tamquam ſi eam mihi ſub contraria conditione ſpoponderis.* In his legibus duo animadverto. Primùm, quod hæc regula ſine exceptione ſervatur ab omnibus veteribus J C. ad interpretationem legum, contractuum, ultimarum voluntatum: ac ne favore quidem libertatis ab ea recedunt. Secundò, quod hæc contraria conditio non eſt innixa conjecturis, neque argumentis inducitur, ſed ex ipſa ſcriptura, quæ hanc vim habet, & ex verbis teſtatoris, aut cujusviſ alterius, qui eam ſuæ diſpoſitioni injecit, ut ait Julianus in laudata *l. ſi quis ita*. 13. *ff. de ſtatuliber, & hac conditione dedit, aut ademit perindè. ac ſi nominatim eam adjeciſſet d. l. quibus. diebus* 40. & *d. l. ſi legatum*. 10. Quocirca hîc non opus eſt, confugere ad argumentum à contrario ſenſu, ut plerique omnes faciunt. Quoniam ea eſt natura, ea vis conditionis, ut excludat omnes alios caſus præter eum, qui ponitur in conditione, eâque deficiente nihil actum, aut dictum eſſe videatur. Nam conditio in caſum differt, ac ſuſpendit obligationem § *ſub conditione inſt. tit. de V. O.* eoque caſu non exiſtente perimitur obligatio, & perit actus. §. *conditiones inſtit. eod. l. conditio*. 100. *ff. de V. O. l.* 4. §. *ſi tamen*. 13 *ff. de bon. libert.*

Superiora argumenta multò fuſius expoſui, ac dilatavi, quàm ſtatus controverſiæ poſtularet, quia docti quidam viri legum verba cavillantur, ut ſe ab his laqueis expediant. Joan. Baptiſta Larrea, vir apprimè doctus, *Deciſ. Granat. diſp.* 21. *n.* 11. auctoritate Pauli in laudata *l. creditorem* 99. *ff. de ſolut.* probat contrariam ſententiam, & affert ipſa legis verba: *non eſſe compellendum creditorem, in aliam formam pecuniam accipere*: prætermittit autem verba ſubſequentia: *Si ex ea re damnum aliquid paſſurus ſit.* An non hoc eſt cavillari? ſanè hanc cavillationem diceret Ulpianus ſecundum *l. natura* 177. *ff. de V. S.* Ad hunc modum poſſet Davidis auctoritate probari non eſſe Deum. Ait ille: *dixit inſipiens in corde ſuo: non eſt Deus.* Expunge prima illa verba: *dixit inſipiens in corde ſuo.* Supereſt, *non eſt Deus.* Ergone David docuit, non eſſe Deum? Apage iſta. Horret animus. Sed nolim hoc vitio vertere tam docto viro: fuderit hæc incuria typographi: Nec allata legis verba ſunt deſcripta fideliter: ſit & hic error typographi, non repugno: Attamen idem Auctor ineptam ac prorſus falſam deciſionem affingit Paulo, ſupponens conveniſſe, ut eadem ſpecies monetæ redderetur. Quorſum requireret damnum in creditore Paulus, ſi ex ſua conventione debitor teneretur ad ſolvendum

Digitized by Google

nummos ejuſdem formæ? Addit, quòd argumentum à contrario ſenſu locum non habet, quando illud, ex quo deſumitur, augmentativè ducitur, ut probant DD. per text. *in l. conventicula C. de cond. inſert.* Hæc lex nuſquam exſtat in *tit. C. de condit. inſertis.* Sed in tit. *de Epiſc. & Cleric.* eaque nihil ad rem noſtram pertinet. Conventicula illicita etiam extra Eccleſiam in privatis ædibus celebrari prohibemus. Qui prohibet etiam extra Eccleſiam in privatis ædibus, multò magis prohibet in ipſa Eccleſia. Quocirca qui ita argumentum duceret: ergo in Eccleſia id permittit; contra legem argumentaretur, non à contrario ſenſu. In §. *noviſſimè inſt. tit. de S. C. Orphit.* ait Juſtinianus: *Noviſſimè ſciendum eſt, etiam illos liberos, qui vulgo quæſiti ſunt, ad matris hæreditatem ex hoc S. C. admitti.* Satiſne ſanus eſt, aut ſobrius, ſi quis ex hoc deducat, liberos legitimos non eſſe admittendos? Sed hæc, amabo te, quid ad rem? quid ad noſtram legem? Non
20 multo feliciùs hunc nodum expedit Amaya, Larreæ aſſecla, ad *tit. C. de collat. ær. lib. 10. n. 30.* Ait enim argumentum à contrario ſenſu non valere, niſi fiat cum omnibus ſuis qualitatibus. Quamobrem hoc ad legem noſtram attineat, me fateor non intelligere. Subdit cum gloſſa, creditorem ſemper in damno eſſe, eo ipſo, quod recuſat accipere pecuniam in aliam formam per *text. in §. præterea 32. inſt. tit. de action.* & in *l. eum 16. C. de ſolut.* quibus nihil à noſtra controverſia alienius. Gloſſa autem reprobatur à Bartolo, & doctis omnibus: quin imo ipſa recedit ab ea opinione, quam verbis legis intelligit adverſari, & congruentem verbis & ſententiæ legis amplectitur. Dii boni, quid eſt, ſi hoc non eſt cavillari, & leges miſerè diſtorquere?

21 Antequam ultra progrediar, leviter in tranſitu attingam expoſitionem *l. 2. C. de cond. inſert.* quam fortaſſe voluit allegare Larrea. Opponunt hanc ad unum omnes fere veteres interpretes, ad ſubvertendum argumentum à contrario ſenſu. Pater à filia hærede inſtituta legatum in diem Titio reliquerat, eique præceperat, ut Titio cautionem de ſolvendo legato præſtaret, ſi à marito non divertiſſet. Filia à marito divertit. Recuſabat præſtare cautionem ducto argumento à contrario: Pater impoſuit mihi onus cautionis, ſi non diverterem, ergo, ſi diverterem, non impoſuit. Rectiſſimè argumentatur. Numquam enim fallax eſt argumentum, quod hoc modo ducitur, ut aïunt dialectici, contradictoriè. Ita ducitur à Pa- 22
piniano in *l. 1. ff. de off. ejus, cui mand. juriſd.* Lege Julia magiſtratus poteſt mandare merum imperium, ſi proficiſcatur: ergo ſi non proficiſcatur, non poteſt mandare. Haud aliter Ulpianus in *l. juris gentium 7. §. dolo malo ff. de pact. Dolo malo ait prætor pactum ſe non ſervaturum.* Quî dum? quia edicit, ſe ſervaturum pacta, quæ dolo malo facta non ſunt: ergo ait, ſe non ſervaturum pacta dolo malo facta. *Ait prætor*, quia licèt id expreſſis verbis non dixerit, tamen ineſt, & continetur in eo, quod verbis expreſſit. Horum exemplo & nos ita ducimus argumentum. Creditor non eſt cogendus, ſi damnum paſſurus ſit: ergo ſi paſſurus non ſit, cogendus eſt. Sed ad hæredem filiam redeamus. Non poterat hoc argumento ſe cautionis oneri ſubducere, quia licèt hoc ei pater non impoſuerit, impoſuit tamen Prætor, qui hæredem debentem legata in diem, cavere jubet legatariis de præſtandis adveniente die legatis *l. 5. §. ſi dies & toto tit. ff. ut legat. nom. cav.* Idcircò aïunt Imperatores in *d. l. 2. juriſdictionis originem perindè ſervari æquum eſt, ac ſi nihil ſuper ea re ſcriptum fuiſſet.* Sed hæc non pertinent ad ſpeciem propoſitam in laudata *l. 2.* ſi mulier divertiſſet, utique diſputari poſſet, an mulier cavere deberet: hoc eſt, an prævalere deberet præceptum Prætoris cavere jubentis, an vero tacita voluntas teſtatoris, quæ ineſt in conditione cautionis, quia hæc cautio à teſtatore poteſt remitti, quocumque judicio defuncti. Quamobrem ſi mulier divertiſſet, puto rectè uti potuiſſe argumento à contrario, & ab onere cautionis liberandam fuiſſe auctoritate Papiniani in *l. avia 77. in fin. ff. de condit. & dem.* & Marciani in *l. licet. 12. ff. ut legat. nom. caveat.* Sed mulier non di-

vertit, ideò uti non poterat argumento à contrario; quo, ſi divertiſſet, uti potuiſſet, & ab Imperatoribus exaudienda fuiſſet, ut modò dicebam. Quid igitur pro ſe allegabat? Hoc ſcilicèt meâ ſententiâ: conditio divortii à lege remittitur, adeoque ſi mihi legatum fuiſſet, aut relicta hæreditas ſub conditione, ſi divertiſſem, conſecuta fuiſſem legatum, & hæreditatem, etiamſi non divertiſſem *l. ſed neque* 8. §. 1. *ff. de uſu & habit. l. reprehendenda C. de inſtitut. & ſubſt.* Ergo ſimiliter remittenda mihi eſt cautio, cum non diverterim, quemadmodùm volebat teſtator: quia etiam cautio remitti poteſt non ſolùm à lege, ſed etiam à teſtatore *l. licet* 12. *ff. ut legat. nom. cav. l. avia* 77. *in fin. ff. de cond. & dem.* Remiſiſſe autem cautionem in caſu divortii videtur teſtator, qui eam juſſit interponi, ſi non diverteriſſem. Enim verò ſi hæc ſubtiliùs conſiderentur, ſuo argumento ſe ipſam mulier jugulabat. Nam ſi pater remiſit ei cautionem in caſu divortii, ergo non remiſit, ſi non diverterit: non divertit autem: ergo ex ipſa patris voluntate cavere debet. Sed planiùs & explicatiùs reſpondent Imperatores: exemplum legati, vel hæreditatis, quod mulier allegat, huic rei comparandum non eſſe: *cùm abſurdum ſit, ideo perpetui edicti negligi formam, quia patris ſui voluntati non obtemperatur.* Non negant Imperatores, teſtatorem voluiſſe filiam liberare ab onere cautionis, ſi divertiſſet: ſed aiunt, quod, cùm non diverterit, & patris voluntati non obtemperaverit, ad cavendum tenetur & patris præcepto, & ſimul Prætoris edicto. Quamobrem etſi à præcepto patris abſolveretur, tamen ſupereſt præceptum prætoris omnino ſervandum: quia abſurdum eſt, negligi, & non ſervari Prætoris edictum, propterea quod mulier Patri non obtemperavit. Lex non cogit eam obtemperare præcepto divortii, quod eſt contra bonos mores, & perindè habet, ac ſi ſuper ea re nihil ſcriptum fuiſſet *d. l.* 2. *in princ.* atqui, ſi nihil ſuper ea re ſcriptum fuiſſet, teneretur ex edicto cavere. Neque vero plus conſequi debet, quàm ſi ſuper ea re nihil ſcriptum fuiſſet. Hujus rei elegans exemplum proponit Papinianus in *l. Mulieri & Titio* 74. *ff. de cond. & dem.* Mulieri & Titio relictus erat uſusfructus, ſi non nupſerit mulier. Nupſit mulier: deficit conditio legati, qua deficiente à legato videtur excludi Titius, & ad integrum uſumfructum admittenda mulier, cui conditio remittitur. Verumtamen quia conditio à lege remittitur perindè ac ſi adjecta non fuiſſet, abſurdum eſt, eam plus conſequi, quòd teſtatori non obtemperavit, quàm conſequeretur, ſi obtemperaſſet: idcirco dividitur inter mulierem, & Titium uſusfructus: imò, quod eſt omninò ſingulare, mulier tantummodo dimidium uſusfructus conſequitur, etiamſi Titius legatum repudiaverit: adeoque contemptâ voluntate teſtatoris amittit jus accreſcendi. Neque ipſi lex injuriam facit: quippè quia nihil eſſet habitura, ſi lex ei conditionem non remiſiſſet. His expoſitis conſtat non levi errore prolapſos fuiſſe DD. qui putarunt ex *d. l.* 2. probari, non valere argumentum à contrario, & commentitias eſſe ſolutiones, quas excogitarunt.

Non multò tutius eſt perfugium, quo Lattea utitur ad declinandam *l. quæ extrinſecus* 65. *ff. de V O.* Diſcrimen eſſe ait, quod ſtipulatio conventione contrahitur, non numeratione ſicut mutuum. Id autem efficit numeratio, ut demonſtret, ac deſignet genus monetæ, in quo contrahitur obligatio: cui conſequens eſt, ut in eodem genere ſolvi debeat, quia non tollitur obligatio, niſi ſolvatur id, quod debetur *princ. tit. inſt. quib. mod. toll. obl.* Sed nos non ducimus argumentum à comparatione mutui cum ſtipulatione: verùm à convenientia reſponſionis cum interrogatione, quæ omnimoda eſſe debet in ſtipulatione, & multo exactior, quam in mutuo inter numerationem pecuniæ, ejuſque reſtitutionem ac ſolutionem: tum vero maximè ab eo, quod ait ibi J. C. promittentem aureos pro denariis, non in re ipſa, ſed in rei appellatione variare, ut ſupra luculenter explicavimus. 23

His demonſtratis præoccupavimus contrariorum argumentorum confutationem. Nihil enim opponi poteſt, quod ex his non poſſit 24

perſpicuè refutati. Primum aïunt, quòd aliud pro alio ſolvi non poteſt invito creditori *l.* 2. § 1. *ff. de reb. cred.* in mutuo ſolvi non poteſt res alterius generis, veluti triticum pro vino *d. l.* 2. *in princ. l.* 1. §. *re contrahitur ff. de oblig. & act. princ. tit. inſt. quib. mod. re contrah.* differunt autem inter ſe materia, & ſubſtantia, atque adeo etiam genere, æs, argentum, aurum, *l. in venditionibus* 9. §. *ult. l. quod tamen* 14. *in fin. ff. de contr. empt.*

Ad hæc reſponſum eſt luculentiſſimè initio hujus diſſertationis. In mutui obligationem non deducitur pecunia numerata ratione corporis, ſubſtantiæ, materiæ, ſed ratione quantitatis, & æſtimationis. Quamobrem qui reddit monetam ejuſdem æſtimationis, non ſolvit aliud pro alio, ſed id ipſum quod accepit, nempè illam ipſam æſtimationem, quam accepit, quam debet. Ne jam dicta repetam, ad ea lectorem relego.

25 Rurſus objiciunt, quod mutuum non ſolùm in eodem genere reſtituendum eſt, ſed etiam ejuſdem qualitatis, & bonitatis *l. cùm quid mutuum* 3. *ff. de reb. cred. l.* 1. §. *re contrahitur ff. de oblig. & act. princ. tit. inſtit. quib. mod. re contr. obl.* Non reſtituit autem rem ejuſdem bonitatis, qui æream monetam pro argentea, argenteam pro aurea ſolvit. Ac ne quidem ejuſdem qualitatis: qualitas enim in jure noſtro pro materia accipitur *l. ſi ſterilis* 21. §. *quamvis ff. de action. empt.* non eſt autem eadem materia æris, argenti, auri *d. l. in venditionibus* §. *ult. & l. quid tamen* 14. *ff. de contr. empt.*

Eodem recurrimus. Æquè bonum reddit pecuniæ debitor, qui reddit æqualem æſtimationem, cùm pecunia ratione æſtimationis in obligationem deducatur, non materiæ vel corporis. Sed & ejuſdem qualitatis reddit: licèt enim aliquando, & quidem admodùm raro nomen qualitatis ad materiam in jure noſtro referatur, tamen verè ac propriè ſignificat id, quod materiæ accedit, & accedit ſubſtantiæ *l. ubi autem* 75. § *ergo* 1 *ff. de V. O. l.* 4 *ff. de trit. vin. & ol. leg. l. heredes palam* §. 1. *verſ. & puto ff. qui teſt. fac. poſſ.* ſi quis acceptis decem denariis ſolveret decem ſeſtertios, hic utique ſolveret monetam diverſæ qualitatis, diverſæ ſpeciei, quia licèt utraque moneta eſſet argentea, tamen cùm non habeat eamdem æſtimationem, non eſt ejuſdem qualitatis *d. l. heredes palam*, nec ejuſdem ſpeciei *l. qui non militabat* §. 1 *ff. de hered. inſt.* quod enim nummorum qualitas dicitur in *d. l. heredes.* in hac dicitur ſpecies nummorum. Cæterùm ſi pro decem denariis ſolverit quadraginta ſeſtertios, qui ſunt ejuſdem æſtimationis, dicitur variare ſolùm in rei appellatione, non autem in re ipſa *l. quæ extrinſecus* § 1. *ff. de V. O* quam ſuprà copiosè expoſuimus. Rectè Ulpianus in *l. etiam* 159. *ff. de V. S. etiam aureos nummos æs dicimus.* Planè æs alienum dicitur, in quâcumque ſpecie monetæ fuerit contractum æreæ, argenteæ, aureæ. Senec. *de Benef. lib.* 5. *c.* 14. *Æs alienum habere dicitur, & qui aureos debet, & qui corium forma publica percuſſum, quale apud Lacedæmonios fuit, quod uſum numeratæ pecuniæ præſtat.* Pecunia numerata cujuſcumque generis ſit, omnis ejuſdem modi eſt, quia uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quam ex quantitate *l.* 1. *in princ. ff. de contr. empt.* Porro cùm dicimus aliquem accepiſſe mutua centum ſcuta, non hoc intelligimus eum accepiſſe corpora ipſa ſcutorum, ſed eorum æſtimationem, ſive eam acceperit in ceratiis, ſive in denariis, ſive numerata fuerint ipſa ſcuta argentea, ſive aurei, ſive tremiſſes, ſive hæc omnia commixta, dum ſimul juncta conficiant æſtimationem centum ſcutorum..

Rurſus objiciunt, quod in pecunia non 26
ſolùm valor & æſtimatio, ſed etiam corpus attenditur: argumento eſt, quod etiam tamquam corpus nulla habita ratione æſtimationis ſæpè deducitur in obligationem, ut in *l. planè* 34. §. *ſed hoc ita ff. de leg.* 1. in *l.* 3. *in fin. cum ſeq. ff. commod. l. numiſmatum* 28. *ff. de uſufr.* In mutuo autem videtur conſiderari tamquam corpus, quia nullius rei pretium eſt, nec æſtimatio, ſicut in emtione *l.* 1. *in princ. ff. de contr. empt l.* 1. *ff. de rer. permut.* neque enim intervenire

poteſt tamquam æſtimatio, cùm nihil eſt quod æſtimetur.

Ad hoc ſatis initio reſponſum eſt, ubi fusè lateque demonſtravimus, quandonam ratione corporis, quando ratione quantitatis in obligationem deducatur; & quid obtineat in mutuo. Profectò ipſa numeratio, quæ in mutuo contrahendo neceſſaria eſt *inſt. tit. quib. mod. re contr. oblig. in princ.* clarè oſtendit, non tamquam corpus in mutuum venire pecuniam, cùm non ea ipſa pecunia, quæ numeratur, ſolvenda ſit, ſed alia ejuſdem generis *l. ſed ſi certos* 51. *ff. de leg.* 1. Neque fit numeratio, ut conſtet de ſpecie monetæ, quæ traditur, ſed ut conſtet de quantitate, & quantùm datum ſit, appareat, ut tantumdem reddi poſſit. Qui pecuniam mutuam accipit, non eam accipit tamquam mercem aliquam, ſed ut ejus pretio merces comparet, & in ſuos uſus expendat: proinde eam accipit, ut pretium & æſtimationem omnium rerum, & ad dimittendos creditores accommodatam.

Denique opponunt, quod in pecunia non ſolùm valor, ſed ut proba ſit materia, ſitque juſti ponderis, exigitur *l.* 1. *&* 2. *C. de ponderat. & aur. illat. c. quanto de jurejur. l.* 1. *C. de vet. numiſm. pot.*

27 Ineptum, & futile argumentum. Utique ſi mutuatarius non reddat monetam probam, & juſti ponderis, non cogatur creditor accipere: ut ſi æroſam pecuniam, vel detonſam ſolvere velit *l. creditor*, 102. *ff. de ſolut. l.* 2. *C. de ponderat.* ſed hoc pertinet ad publicam auctoritatem, quæ ſit moneta proba, aut æroſa, quæ juſti ponderis *d. l. creditor & d. l.* 2. Cæterùm ea eſt moneta proba, juſtique ponderis, quam æris, argenti, aurique flatores publica auctoritate percuſſerunt *l.* 1. *ff. de contr. empt. l.* 2. *§. eod. tempore* 30. *ff. de orig. jur.* ſed quid hæc ad quæſtionem noſtram? Nam etſi redderet ejuſdem generis monetam vel detonſam, vel æroſam, repelli poſſet à creditore. Non quærimus, an poſſit reddere monetam minùs probam, aut non juſti ponderis: ſed an poſſit reddere in alia forma, in alia materia, ſine damno creditoris.

CAPUT XI.

Ad L. prout quidque 80. *ff. de ſolut.*

SUMMARIUM.

1 *Mutatio monetæ extrinſeca, vel extrinſeca.*
2 *In extrinſeca tantumdem reſtituit, qui reſtituit eamdem æſtimationem.*
3 *Solvens æſtimationem ejus, quod accepit, liberatur.*
4 *Creditor recipiens eamdem æſtimationem, quam dedit, nihil damni ſentit.*
5 *Mutatio monetæ eſt caſus fortuitus, qui cedit damno vel lucro debitoris.*
6 *Rei æſtimatione in obligationem deductâ ipſa æſtimatio debetur, ſive creverit ſive decreverit rei pretium*
7 *Non poteſt ſimul reddi tantumdem corporis, & tantumdem æſtimationis. Æſtimatio prævalere debet materiæ & corpori.*
8 *Pecuniæ pretium augeri ſolet ad opitulandum Reipublicæ neceſſitatibus.*
9 *Explicatur l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.*
10 *Differentia inter pecuniam & ſpecies, quæ in genere ſuo functionem recipiunt.*
11 *Ante moram id ſolum debetur, quod in obligationem deductum eſt. Poſt moram etiam id, quod intereſt creditoris.*
12 *Differentia inter legatum metalli rudis, & mutuum pecuniæ numeratæ.*
13 *Exponitur l. cum certum* 9. *ff. de aur. & arg. leg.*
14. *In his, quæ ad ſua initia redigi poſſunt, materia vincit formam, & artificium cedit materiæ.*
15 *Solvens eamdem æſtimationem, nec aliud pro alio nec minus ſolvit.*
16 *Recipiens eamdem monetam, quam dedit, non accipit nummos in aliam formam.*

SUccedit altera quæſtio de mutatione monetæ: videlicèt an eâ publica auctoritate mutatâ reſtitui debeat tantumdem corporis, an verò tantumdem æſtimationis. Tantumdem pecuniæ reſtituendum eſſe, controverſum non eſt *l. prout quidque ff. de ſolut.* ſed & hîc dubitatur, an tantumdem pecuniæ reſtituere dicatur, qui reſtituit eamdem æſtimationem, an verò qui reſtituit eadem corpora. Mutatio monetæ duplex: Aut retentâ eâdem monetâ augetur minuiturve ejus æſtimatio: Aut cuditur nova moneta mutatâ ejus materiâ, vel pondere. Illa à noſtris dicitur mutatio extrinſeca, hæc intrinſeca. 1

Mutatâ extrinſecùs monetâ puto mutuatarium 2

rium non poſſe cogi, niſi ad reſtituendum tantumdem æſtimationis. Finge auctam fuiſſe æſtimationem aureorum, ita ut octoginta aurei æquent æſtimationem centum præteriti temporis: qui centum mutuos acceperat, reddendo octoginta liberatur. Hæc ſententia ſuperiori eſt conſentanea: eâque admiſſâ, hanc quoque admitti neceſſe eſt. Etenim poteſt mutuatarius, qui decem aureos accepit, ſolvere denarios ejuſdem æſtimationis, ut in ſuperiore demonſtravimus: ergo multò magis ſolvere potuit ejuſdem generis monetam, videlicet aureos, dum ſint ejuſdem æſtimationis. Si licet ei, quod plus eſt, multò magis licere debet, quod minus eſt *l. non debet* 21. *ff. de R. J.* Licet mutuatario reddere eamdem æſtimationem in argento, quod non accepit, ergo multò, magis in auro, quod accepit. Idem ita concludi poteſt. Si accepiſſet denarios CCL. mutuos, poſſet ſolvere tot aureos, qui æquarent æſtimationem denariorum CCL ergo multò magis eoſdem ſolvere poterit, cum aureos mutuos acceperit. Huic argumento vix aut nullo modo poteſt reſponderi.

3 Confirmatur, quia ſi verum eſt, quod veriſſimum eſſe demonſtravimus in ſuperiore, pecuniam numeratam in mutuo, ſicut in pleriſque aliis contractibus, in obligationem deduci ratione quantitatis & æſtimationis, non autem corporis; conſequens eſt liberari, qui ſolvit eamdem æſtimationem, maximè ſi ſolvat in eodem genere monetæ, quod accepit. *l.* 1. §. *re contrahitur ff. de obl. & act. l.* 2. *in princ. ff. de reb. cred.* juncto *princ. tit. inſt. quib. mod. tollit. obl.*

4 Secundo, quia creditor recipiens eamdem æſtimationem, quam dedit, damnum ac detrimentum non ſentit, quoniam res omnes, quæ in commercio ſunt, expenduntur & æſtimantur pecunia ſecundùm æſtimationem publicâ auctoritate impoſitam *l.* 1. *in princ. verſ. electa ff. de contr. empt.* Ibi: *electa materia eſt, cujus publica æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubveniret.* Nec poteſt quiſquam in commerciis rebus contrahendis eam recuſare, cum ſit ſpeciei probæ & debiti ponderis; eſt enim eadem moneta, quæ dudum erat *l.* 1. *C. de vet. numiſm. poteſt.* & *l. ult.* ubi jubetur capitali ſupplicio puniri, qui pro eam pretio à lege impoſito accipere noluerit.

Tertiò, quia quamvis diminuto monetæ 5 pretio detrimentum ſentiat debitor, qui plures aureos reſtituere cogitur, quàm acceperit, tamen hoc eſt conſentaneum naturæ mutui, in quo quicquid accidit caſu fortuito, cedit damno ipſius debitoris §. *item is verſ. & is quidem, inſt. tit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *& ille quidem ff. de obl. & act.* Diminutio autem pretii caſu fortuito accidit: nam pecuniæ publica eſt, ac perpetua æſtimatio *l.* 1. *verſ. electa ff. de contr. empt.* eaque mutari minuique & augeri non poteſt, niſi ſupremâ principis auctoritate, ad quem ſpectat monetam cudere. Sunt enim hæc jura majeſtatis *l.* 2. *C. de falſa moneta*: nec quiſquam alius habere poteſt hanc facultatem etiam ex ipſius Principis reſcripto *l. ult. C. eod.* Quod autem fit potentia Principis ad vim majorem, & caſus fortuitos pertinet *l. ſi fundus* 25. §. *fin. ff. locat. l. Lucius* 11. *ff. de evictio.* quia potentiæ principis reſiſti non poteſt; & quod fit eâ vi cui reſiſti non poteſt, caſu fortuito accidiſſe reputatur *l.* 1. §. *& ille quidem verſ. is vero ff. de obl. & act. l.* 4. *C. de peric. tut. l. fluminum* 24. §. *Servius ff. de damn. inf.* In ſumma damnum quod provenit ex mutatione monetæ, ſemper ad mutuatarium pertinet *l. creditor* 102. *ff. de ſolut.* Cum autem ad debitorem pertineat incommodum diminutionis pretii, ad eumdem pertinere debet etiam commodum augmenti. *l. ſecundùm naturam* 10. *ff. de reg. jur.* §. *quam autem. verſ. ſed & ſi poſt emptionem, inſtit. de contr. empt. l. id quod* 7. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. ult. C. eod.*

Quarto quia quoties rei æſtimatio dedu- 6 citur in obligationem, debetur ea ipſa æſtimatio, quæ in obligationem deducta eſt, ſive creverit ſive decreverit rei pretium *l. fundum* 28. *in fin. ff. de novat.* Ibi: *ea æſtimatio venit, quæ ſecundæ ſtipulationis tempore fuit. l. æſtimata* 51. *ff. ſol. matr. l. cum dotem* 10. *in fin. C. de jur. dot. l. res in dotem*

Fff

42. *ff. eodem.* Atqui in mutuo pecunia deducitur ratione ſuæ æſtimationis, ut oſtendimus in ſuperiore; ergo augmentum, diminutio, interitus ad debitorem, non ad creditorem pertinet, ut perſpicuè tradit Scævola in *l. creditor.* 10. *princ. ff. de ſolut.* Ibi: *nec creditoris, nec tutoris detrimentum eſſe.* Confirmatur, quia nummorum certa eſt æſtimatio *l.* 3. *ff. de in lit. jur.* quamobrem qui mutuos nummos accipit, ad reſtituendam certam æſtimationem obligatur, eamque reſtituendo liberatur *princ. tit. inſt. quib. mod. toll. oblig.*

7 Quinto animadverto, quod aucto, diminutove pretio pecuniæ, non poteſt reddi tantumdem corporis, & materiæ, ſimulque tantumdem quantitatis & æſtimationis. Etenim ſi reddas tantumdem corporis, reddis plus, minuſve æſtimationis: contra ſi reddideris tantumdem æſtimationis, plus, minuſve corporis reddidiſti. Cum igitur utrumque exequi atque explere nequeat mutuatarius, alterum alteri cedat neceſſe eſt; ut id, quod prævalet, mutuatarius exequatur. Videndum igitur eſt, quid prævaleat in pecunia numerata, utrum corpus & ſubſtantia, an verò quantitas, valor, æſtimatio. Equidem ſine ulla controverſia prævalet æſtimatio materiæ & corpori; moneta enim ideo inventa fuit, eique impoſita publica æſtimatio, ut ſubveniretur permutationum difficultatibus, in quas homines incurrebant corpora corporibus permutando *l.* 1. *in princ. ff. de contr. empt.* & idcirco pecunia habetur pro re incorporali, & corpori opponitur *l. quiſquis* 95. *in fin. ff. de leg.* 3. Ibi: *neque enim poſt eam præfationem adjecturum fuiſſe teſtatorem res corporales, ſi dumtaxat pecuniam numeratam præſtari voluiſſet. l. plane* 34. *§. ſed ſi non corpus ff. de legat.* 1. *l. ſed & ſi* 10. *ff. de acceptil. l. ſi pœnæ* 19. *§. ſi falſo l. qui hæredis* 46. *ff. de condict. indeb. l. ſi hæres* 68. *ff. ad SC. Trebell.* & nos in ſuperiore fuſiùs oſtendimus. Hoc quoque argumentum reor ineluctabile.

8 Poſtremo, quia Princeps monetæ pretium augere ſolet vel ut publicæ neceſſitati opituletur, vel ad ſublevandam plebem ære alieno oppreſſam. Salluſt. *in Catilin. Sæpenumero maiores noſtri miſerti plebis Romanæ decretis ſuis inopiæ ejus opitulati ſunt: ac noviſſimè memoria noſtra propter magnitudinem æris alieni, volentibus bonis, argentum ære commutatum eſt.* Plin. *Lib.* 33. *c.* 3. *Bello Punico primo, cùm impenſis Reſp. non ſufficeret, conſtitutum, ut aſſes ſextantario pondere ferirentur: ita quinque partes factæ lucri, diſſolutumque æs alienum*, &c. *Poſtea Hannibale urgente Q. Fabio Maximo Dictatore aſſes unciales facti; placuitque denarium ſexdecim aſſibus permutari.* Sed ſi aucta æſtimatione pecuniæ, totidem nummi ſolvendi eſſent, quot accepti fuerunt; & tantumdem nummorum, non tantumdem æſtimationis ſolvendum eſſet à debitoribus, neque Reip. neceſſitati ſubveniretur, neque inopiæ debitorum, & ex pretii augmento non debitores, ſed creditores perciperent emolumentum, contra propoſitum inſtitutumque Reip.

Modò, quæ opponuntur, expendamus. 9
Duo præ aliis magnos viros ſeduxerunt. Primùm opponitur Juliani auctoritas in *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* ubi ſecundùm Sabini ſententiam ſtatuitur; vinum mutuo datum, tanti æſtimandum, quanti tunc erat, cùm petitum fuit, ergo in mutuo attendi debet & ſolvi æſtimatio, quæ fuit tempore petitionis, non tempore contractûs, vel tempore rei judicandæ *l.* 3. *§. in hac actione ff. commod.*

Facilis & expedita diſtinctio inter pecu- 10
niam, aliaſque res, quæ in genere ſuo functionem recipiunt, vinum, oleum, frumentum. Harum rerum pretia incerta ſunt, & in dies mutantur pro annonæ vilitate, aut caritate *l. pretia rerum* 63. *§. ult. ff. ad leg. Falcid.* pecuniæ autem certa eſt æſtimatio atque perpetua *l.* 1. *ff. de contr. empt. l. nummis.* 3. *ff. de in lit. jur.* Plin. *Lib.* 33. *cap. ult. in fin. Pretia rerum, quæ uſquam poſuimus, non ignoramus alia aliis locis eſſe, & omnibus pene annis mutari*: & reliqua. Eò fit, ut pecuniâ merces omnes æſtimentur, pecunia autem merce non æſtimetur *l. ſi ita fidejuſſorem* 42. *ff. de fidejuſſ.* His conſe-

Digitized by Google

quens eſt, in mutuo pecuniæ in obligationem venire ipſam æſtimationem: in mutuo vini, olei, frumenti, corpora ipſorum juxta menſuram à contrahentibus initam. Quoties autem certa æſtimatio in obligationem deducitur, ea ipſa debetur, etiamſi poſtea rei æſtimatio variaverit *l. fundum* 28. *ff. de novat. c. ult. de cenſib.* facit ad rem *l. Rutilia Polla* 68. *ff. de contr. empt. l. cum quis* 22. *ff. de oblig. & act.* Sicut enim cùm de certa menſura, vel certo pondere contracta eſt obligatio, tantumdem menſuræ vel ponderis reddendum eſt; adeo ut nequidem convenire poſſit, ut plus reſtituatur *l. rogaſti* 11. §. 1. *ff. de reb. cred.* ita cùm de certa æſtimatione contracta fuit obligatio, tantumdem æſtimationis eſt reſtituendum.

11 Sed ad propoſitum argumentum ex *l. vinum* magis eſt accommodata diſtinctio temporis, vel moram antecedentis, vel eam conſequentis. Ante moram nihil aliud debetur, quàm quod in obligationem deductum eſt; ideò ſi decem amphoræ vini datæ fuerint, nihil aliud debetur, ac nihil aliud peti poteſt, quàm decem amphoræ; nec locum habet æſtimatio, quia debet in decem amphoras à Judice condemnari, non in æſtimationem *l. Titiæ amica* 46. *in fin. ff. de aur. & arg. leg. l. ult. C. de fideic. libert. l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum ff. de leg.* 1. Poſt moram autem ultra rem debitam præſtandum eſt etiam id, quod intereſt creditoris rem ſibi ſolutam fuiſſe debito tempore: ſcilicet quantum habiturus fuiſſet, ſi ei ſtatim reddita fuiſſet *l. præterea* 20. *ff. de rei vindic. l. cum fundus ff. de reb. cred. l.* 2. *ff. de uſur. l. ſi ſterilis* §. *cum per venditorem ff. de act. empt.* Eſt igitur æſtimanda res non quia ipſa præſtanda non ſit, ſed ut conſtet, quanti intereſt actoris, rem non ſuo tempore fuiſſe reſtitutam *d. l. ſi ſterilis.* Nam poſt moram debitoris, damnum ad ipſum debitorem pertinet *l. cum res* 47. § *ult. ff. de leg.* 1 lucrum ad creditorem *l.* 3. §. *ult l. ſi ſterilis* §. *cum per venditorem ff. de act. empt.* Idem in mutuo pecuniæ numeratæ receptum eſt communiter, quam ſententiam, nec probo, nec reprobo. Verùm hoc à mora provenit, non à mutui natura. Quocirca argumentum petitum à *l. vinum ff. de reb. cred.* ad hanc controverſiam non pertinet.

Secundo opponi poteſt *l. cum certum* 9. *ff. de aur. & arg. leg. Cùm certum auri vel argenti pondus legatum eſt, ſi non ſpecies deſignata ſit, non materia, ſed pretium præſentis temporis præſtari debet*: ergo præſens æſtimatio debetur, non temporis præteriti, quo contracta fuit obligatio. 12

Magna eſt differentia inter legatum argenti vel auri rudis, & mutuum pecuniæ numeratæ. Rudis materiæ argenti, vel auri, vel æris non eſt certa ac perpetua æſtimatio à lege definita, quemadmodum pecuniæ numeratæ *l.* 1. *ff. de contrah. empt.* Æs, argentum, aurum pecuniâ æſtimatur & mercis vicem obtinet: pecunia alia re non æſtimatur, ſed eſt omnium æſtimatio, & pretium, non autem merx *l.* 1. *ff. de contr. empt. l. ſi ita fidejuſſorem* 42. *ff. de fidejuſ.* Suetonius *de Julio Cæſare cap.* 54. *Unde factum ut auro abundaret, terniſque millibus nummum in libras promercale, per Italiam, provinciaſque divenderet.* Iis temporibus ex auri libra quadraginta & octo aurei cudebantur: aureus centum nummis valebat: itaque libra auri in pecunia quaternis millibus & octingentis nummis æſtimabatur. Cæſar cum ex Gallia maximam auri copiam aſportaſſet, aurum rude dumtaxat ternis millibus nummum divendebat. Hæc igitur metalla pro abundantia, vel penuria modò viliora erant, modò cariora, quemadmodum reliquæ merces: quamobrem ea æſtimare neceſſe erat. Hinc orta quæſtio: cujus temporis æſtimatio ſit ineunda. Hæc autem quæſtio in pecunia numerata incidere non poteſt, quia cum in obligationem deducatur certa ejus æſtimatio ea ipſa ſolvenda eſt à mutuatario, qui ad eam reſtituendam ex mutuo ſe obligavit, ut paulò ante demonſtravimus.

Verumtamen ſi accuratiùs id perpendamus, lex illa pro nobis facit potiùs quam contra nos: *pretium præſentis temporis præſtari debet.* Quodnam eſt tempus præſens? ſcilicet tempus conditi teſtamenti. Diluci- 13

de hercle Paulus ita definit in *l. ſi ita eſſet 7. eod. Si ita eſſet legatum : veſtem meam, argentum meum damnas eſto dare : id legatum videtur, quod teſtamenti tempore fuiſſet ; quia præſens tempus ſemper intelligeretur.* Nam tempus præſens etiam præteritum ſæpenumero ſignificat *l. verbum erit 123. ff. de V. S.* Juriconſulti, cum de legatis, & fideicommiſſis aliquid definiunt, verba referunt vel ad tempus teſtamenti, in quo relicta fuerunt, vel ad tempus mortis teſtatoris, cum incipiunt deberi : quia hæc duo tempora inſpici ſolent. De æſtimatione rerum, quæ relicta fuit in teſtamento, ſpectandam eſſe æſtimationem, quæ fuit tempore mortis, traditur à Scævola in *l. ult. §. 1. ff. de leg. 2.* Idque quia teſtator uſus erat verbo futurum tempus demonſtrante, quod tamen non protenditur ultra mortem teſtatoris : Nec verò protendi poteſt, quoniam res cujuſque modi ſit, cùm teſtator moritur, ab hærede præſtanda eſt : ſtatim enim & naſcitur obligatio, quâ hæres obſtringitur, & ſtatim transfertur dominium in legatarium *l. hæres quandoque 54. ff. de acquir. vel omitt. hæred. l. legatum 20. ff. de legat. 2.* Quocirca & ſi res mutata fuerit poſt conditum teſtamentum, tamen cujuſcumque modi ſit tempore mortis, ejuſdem modi debetur : ut in *l. ſi quis vinum 9. §. item ſi quis ff. de trit. vin. & ol. leg. & l. uxorem 41. §. teſtamento 4. ff. de leg. 3.* Cæterum in noſtra *l. cum certum 9.* verius puto deberi pretium ejus temporis, quo factum eſt teſtamentum ; nam qui rem legat, cogitat de illa re, quæ eſt præſenti tempore, & animo ejus, cùm legat, obverſatur. Quamobrem niſi adjiciat aliquod verbum, ex quo conjecturam faciamus, eum de futuro cogitaſſe, ſemper teſtamenti tempus inſpiciemus *l. ſi ita 7. ff. de aur. & arg. leg. l. ſcribit 34. §. 1. l. medico ult. ff. eod. l. ult. §. ult. ff. de liber. leg.* Huic conſequens eſt, teſtatorem legantem certum pondus argenti in genere, nulla ſpecie deſignata, voluiſſe legare pretium præſentis temporis, quod ipſe animo reputabat, cùm legabat : perindè ac ſi certam ſummam pecuniæ legaſſet. Sed utrumlibet verius putes, quod ad quæſtionem noſtram attinet, res eodem recidit.

Tertiò opponitur, quod ea, quæ in ſua redigi poſſunt initia, materiæ potentiâ victa, numquam vires ejus effugiunt. *l. quæſitum. 78. §. illud. ff. de leg. 3.* ſed argentum ſignatum ſæpius redigi poteſt in ſua initia ſicut argentum factum, ergo in eo vincit potentia, materiæ, ejuſque vires effugere non poteſt : cui & illud conſequens eſt, tantumdem materiæ, non tantumdem æſtimationis eſſe reſtituendum, ut tantumdem pecuniæ reddatur, quemadmodum præcipitur in *l. prout quidque. 80. ff. de ſolut.* 14

Hoc etiam argumentum pro nobis facit. Ait Paulus, argenti legato tam rude & infectum argentum, quàm factum contineri, licèt legato marmoris ſolummodo rude marmor contineatur : ſcilicet quia in argento facto materia vincit formam, & artificium ac cælatura materiæ cedit, cum ad ſua initia reduci poſſit. Atqui argenti legato non continetur argentum ſignatum, *l. cum aurum. 19. in princ. ff. de aur. & arg. leg.* ergo in argento ſignato forma publica vincit potentiam materiæ, & conſideratur forma publica, & à lege impoſita æſtimatio, non verò materia. Ad *l. prout quidque* jam ſupra reſpondimus, tantumdem pecuniæ reddere, qui reddit tantumdem æſtimationis, non, qui reddit tantumdem materiæ.

Reliqua etiam argumenta jam præoccupavimus. Nam quod aïunt aliud pro alio ſolvi non poſſe. *l. 2. §. ff. 1. de reb. cred. l. ult. C. de fideic. libert.* Mutuatarium non poſſe obligari ultra, id quod accepit. *l. rogaſti 11. §. 1. ff. de reb. cred. l. ſi tibi decem. 17. ff. de pact. l. cum ultra C. de non numerata pecunia.* Neminem cogi accipere pecuniam, quæ non ſit debiti ponderis, & ſpeciei probæ. *l. 1. C. de veter. numiſm. pot. 2. C. de ponderat. & illat. aur.*

Veriſſima ſunt hæc omnia, ſed à noſtra quæſtione admodum aliena. Qui ſolvit eamdem æſtimationem, non ſolvit aliud pro alio, cum ſolvat eam æſtimationem, ad quam ſe obligavit. Nec ſolvit plus, aut

minus. Solvit monetam ſpeciei probæ ac debiti ponderis, cum ſolvat monetam, quam accepit, eaque non fuerit intrinſecus mutata, ut ſupponimus. Quòd ſi creditor eam dicat eſſe detonſam, atque ideo non juſti ponderis, eum ad zygoſtatem relegat Julianus Imperator in laudata *l.* 2. Ejuſdem notæ eſt argumentum, quod ducitur à *l. creditorem.* 99. *ff. de ſolut.* de qua in ſuperioribus. Etenim neque creditor in aliam formam nummos accipit, cùm recipiat eamdem monetam, quam dedit. Character, figura, ſignum, quo moneta formatur, atque ſignatur, forma dicitur, eſt enim moneta materia formâ publicâ percuſſa, *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Hæc forma aliam ab alia monetam diſtinguit, & ſecundùm hanc æſtimatur: ideo etiam ipſa moneta ſæpè forma dicitur. Cato formam denarii dixit; & Lamprid. *in Alex. Severo: Formas binarias, & ternarias, & quaternarias, & denarias etiam, atque amplius uſque ad bilibres quoque & centenarias, quas Heliogabalus invenerat, reſolvi præcepit.* Formæ binariæ erant monetæ, quæ binis aureis valebant, ternariæ, quæ ternis: centenariæ, quæ centenis. Neque damnum ſentit creditor, qui recipit eamdem æſtimationem, quam dedit. Ac ſi velimus damnum ſecundùm numerum nummorum, quos recipit, æſtimare; ſicut pauciores recipit auctâ æſtimatione: ita plures recipit eâ diminutâ. Æquum igitur eſt, eum pati damnum, ſi lucrum percipit. *l. id quod* 7. *ff. de peric. & comm. l. un.* §. *pro ſecundo verſ. eas etiam C. de cad. toll. l. is qui* 15. *in fin. de legat. præſt.*

CAPUT XII.

Ad L. cum quid mutuum 3. *ff. de reb. cred.*

SUMMARIUM.

1 *Communis ſententia Interpretum eſt, reddendam eſſe monetam antiquam, vel novam juxta antiquæ æſtimationem. Contraria magis placet.*

2 *In pecunia conſideratur poteſtas ſeu valor publicâ auctoritate impoſitus, non materia, ex qua conflatur.*

3 *Materia vel pondus non ſunt in obligatione, adeoque eorum ratio habenda non eſt.*

4 *Pecuniam nobis uſum dominiumque præbere non tam ex ſubſtantia, quàm ex quantitate quatenùs dici poſſit ad Paulum in l.* 1. *ff. de contrah. empt. & n.* 5.

6 *Nemo poteſt recuſare, quin tradat aut ſuſcipiat monetam juſſu Principis percuſſam.*

7 *Eſt enim ejuſdem poteſtatis & æſtimationis, & nullum damnum patitur creditor. & n.* 8.

9 *Duplex mutatio monetæ intrinſeca apud Romanos facta reperitur. Numquam diſtincta moneta vetus à nova.*

10 *Expenduntur Loca Juris Canonici in contrarium allegata. & n.* 11. 12.

QUæſtionem etiam de mutatione intrinſeca in tranſitu leviter attingam. Interpretes noſtri ferè omnes pro certo habent, reddendam eſſe monetam antiquam, ſi uſquam reperiatur: ſin minùs, reſtituendam novam monetam ſecundùm æſtimationem antiquæ. Nituntur auctoritate juris Pontificii in *c. olim & in c. cum canonici de cenſib.* Quæ ſententia rationem habet, quia cum in mutuo reddendum ſit æquè bonum, noſtra *l.* 3. *ff. de reb. cred.* ſi reddi poteſt æquè bonum tam in materia, quam in æſtimatione; nulla ratio videtur eſſe cur id fieri non debeat. Quocirca ſi reperiatur antiqua moneta, quam mutuam accepit debitor, quorſum eam ſolvere recuſet? Eam ſolvendo reſtituit rem mutuam & ejuſdem generis, & ejuſdem bonitatis tum intrinſecæ, tum extrinſecæ, atque adeo planè perfectèque ſatisfacit ſuæ obligationi, ſuoque creditori. Enim vero ab hac ſententia recedere non auderem, (ſicut in docendo numquam receſſi; quamvis contrariam de jure veriorem eſſe exiſtimarem (niſi præirent, & animos adderent doctiſſimi viri, qui primas etiam in foro tenuerunt. 1

Movet me primum, quod ait Paulus in 2
l. 1. *ff. de contr. empt. Electa materia eſt, cujus publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubveniret: eaque materia formâ publicâ percuſſa uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quàm ex quantitate: nec ultra merx utrumque, ſed alterum pretium appella-*

Digitized by Google

tur. Idque confirmat in *l.* 1. *in princ. ff. de rer. permut.* Electio igitur hujus materiæ ad publicam poteſtatem pertinet: ad eamque etiam forma, quam voluerit imprimere, quæ ſit ſignum tum publicæ auctoritatis, tum æſtimationis publica auctoritate impoſitæ. Hoc & Ariſtoteles affirmat *lib.* 1. *de Rep. cap.* 9. Quod ſi quis hanc auctoritatem ſibi arripuerit, in crimen læſæ majeſtatis incurrit, & afficitur ultimo ſupplicio. *l.* 2. *C. de falſa mon.* His efficitur, hanc materiam ad hoc electam & formâ publicâ percuſſam, ut difficultatibus permutationum ſubveniretur, non amplius eſſe conſiderandam tamquam aliquam mercem, ſed tamquam pretium omnium mercium, nec habendam rationem materiæ, cujuſquemodi ſit, ſed æſtimationis, quam principis, aut Reip. decreto accepit. Quocirca ſive pretioſa, ſive vilis fuerit materia, eundem privatis uſum præſtat, dum eadem ſit æſtimatio, nec de ea privati curare debeant, cùm electio materiæ ad Principem ſupremum ſolummodo pertineat. Cives igitur dumtaxat poteſtatem, pretium, quantitatem in nummis debent perpendere, cùm non tam ex ſubſtantia, quàm ex quantitate uſum dominiumque ipſis præbeat. Egregiè Ariſtoteles laudato loco ait, quod nummus lege conſtat, natura verò nihil eſt. Materiæ ſubſtantiam abſorbet publica legis æſtimatio. Tolle legem, etiam nummos, omnemque pecuniam ſuſtuleris; remanebit aurum, argentum, æs, quæ mercis loco habebuntur, & in antiquas difficultates permutationum recidemus. Natura igitur propria pecuniæ, quâ ab omnibus aliis rebus diſtinguitur, eſt valor impoſititius, non materia, ex qua conflatur, quæ communis eſt etiam æri, argentoque, & auro infecto, quæ merx ſunt, non pretium mercis, non pecunia, non nummus. Quid igitur cauſæ eſt, cur novam monetam pro vetere creditor accipere detrectet, ſi recipit eamdem æſtimationem, quam dedit? *l. prout quidque.* 80. *ff. de ſolut. & lib.* cum enim id, quod creditori debetur, ad eum perveniat, eique nihil abſit, neceſſe eſt, ut debitori competat liberatio. *l. in perpetuum.* 62. *ff. de ſolut.*

At enim ad eum non pervenit id, quod ei debetur: quia materia pecuniæ, quæ nunc ſolvitur, eadem non eſt, ac pecuniæ, quam dedit; vel non eſt ejuſdem ponderis. Nec ſolutio quidem alterius generis monetæ eamdem materiam, aut idem pondus præſtat creditori; & tamen eam recuſare nequit, dummodo eamdem præſtet æſtimationem, ut in ſuperioribus demonſtravimus. Neque enim materia, aut pondus aut corpora nummorum ſunt in obligatione, ſed valor, poteſtas, & publica nummorum æſtimatio: & quod eſt in obligatione, debet eſſe in ſolutione. *l. ult. C. de fideicom. libert.* 3

Sed hoc ipſum negant, qui in contraria ſunt ſententia, & Pauli verbis nituntur: *eaque materia formâ publicâ percuſſa uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quam ex quantitate.* Ergo ajunt, præbet uſum dominiumque non ſolum ex quantitate, ſed etiam ex ſubſtantia. Profectò non negaverim uſum, ac præſertim dominium in materia & corpore nummorum conſiſtere; cùm poſſit de illis perfectè arbitrio ſuo diſponere, quod dominii proprium, idque in re corporali conſiſtat. *l. per hoc judicium,* 4. *ff. comm. divid.* Sed hoc dominium habemus, quatenus nummi ſunt ex ære, argento, auro, quemadmodum ſunt in dominio noſtro quælibet metalla facta, infectave, ut æs, argentum, aurum rude, vel vaſa ærea, argentea, aurea. Quatenùs autem nummi pecunia ſunt ad res omnes æſtimandas, & comparandas inſtituti, & publica auctoritate ſignati, uſum, dominiumque nobis præbent ex quantitate, pretio publicaque æſtimatione. Ita monemur à Papiniano in *l. ſi is cui nummos.* 94. § 1. *ff. de ſolut.* Ibi: *ſive quis in pecunia non corpora cogitet, ſed quantitatem.* In nummis & corpora, & quantitatem poſſumus cogitare; in ea tamen ſpecie, quam ibi proponit Papinianus, quantitatem conſiderandam eſſe, non corpora, decernit Pomponius in *l. ſi pœna* 19. §. *ſi falſo ff. de condict. ind. ſummæ partem dimidiam, non corporum conditam*: agitur enim de nummis communibus ſolutionis, vel mu- 4

Digitized by Google

tui causâ datis : in commerciis enim exercendis nummi ratione quantitatis & valoris,
5 non corporum & mercis interveniunt. Quamobrem nummi conſumpti dicuntur, etiam ſi extent, & ſalva ſint nummorum corpora, & illæſa eorum ſubſtantia : & conſumptione mutuum conciliatur, & liberatio ab obligatione contingit. *d. l. ſi is cui. 94. l. rogaſti. 11. § ult. & l. ſeq. ff. de reb. cred. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos ff. de fidejuſſ. l. ſi alieni. 78. ff. de ſolut.* Frumentum, vinum, oleum conſumuntur, cum iis utimur ad veſcendum : pecunia vero, cum eam expendimus, aut cum noſtra commiſcemus, ut diſcerni non poſſit. *d. l. 78.* ſi nummos comminuam, fundam : ex eis vaſa, ſigilla conficiam : illis utor tamquam argento, auroque, non tamquam pecunia, & quaſi dominus materiæ atque ſubſtantiæ, non quaſi dominus pecuniæ, & quantitatis, ac pretii, quo cenſetur. Sed hoc rarò admodum accidit, & eſt à proprio uſu nummorum, eorumque inſtitutione alieniſſimum ; *nec facile quiſquam argenti numero nummos computat*, ut ait Ulpianus in *l. Quinctus Mucius. 27. §. 1. ff. de aur. & argent. leg.* Forma publica eximit argentum ex numero argenti non ſolum infecti, ſed etiam facti : atque eo fit, ut legato omni argento, legato argento facto, nummi non contineantur, nec verbum illud univerſale, *omne*, tantam vim habeat, ut eos comprehendat. *d. l. Quinctus. 27. & l. cum aurum. 19. in princ. ff. eod.* Tunc nummis utor tamquam pecunia ſignata, & quaſi dominus pecuniæ, non materiæ, cum illis utor ad uſum, ad quem fuerunt inſtituti : ad res comparandas, ad perpetuos ſumptus faciendos, ad negotiandum, ad ſublevandos amicos, & his ſimilia. Tunc autem uſum dominiumque nobis præbet ex quantitate, non ex ſubſtantia : uſum præſtat, & commodum atque utilitatem non æs, aurumve, & argentum, non materia melior, deteriorve ; ſed ejus valor impoſititius, & æſtimatio publicâ auctoritate deſtinata. Qui tabulam egregiè pictam, aut ſtatuam affabrè ſculptam poſſidet, aut comparat, non materiæ qualitatem ſpectat, ſed operis excellentiam. An cum Rex Attalus Ariſtidis tabulam centum talentis emit, ex qua materia, tela, vel ligno, & quam perfecta, vel quam pretioſis coloribus tabula compacta eſſet ac pacta, curavit ? An cum Polycleti Diadumenus totidem talentis veniit, putamus emptorem diligenter expendiſſe, quo ex ære conflatus eſſet ? An Nicomedes Rex Praxitelis Venerem mercari volens à Gnidiis, & totum æs civitatis alienum, quod erat ingens, diſſoluturum ſe promittens, valde curavit, quo in marmore ſculpta foret ? aut Gnidii, qui noluerunt illi vendere, & quidvis perpeti maluerunt, quàm ſtatuam alienare, quæ Gnidum nobilitabat, id deliberaverunt propter marmoris qualitatem, an propter ſculpturæ excellentiam ? Atque hæc multo ſatius in nummis ſtatuenda ſunt, propterea, quod electio materiæ non pendet à privatorum arbitrio, ſedà publica auctoritate, cui parere neceſſe eſt.

Quocirca illud etiam me movet, ut ita 6
ſentiam, quod nemo poteſt recuſare, quin tradat, aut ſuſcipiat monetam ſecundùm juſſa Principis, qui eam cudi juſſit : aliàs violat imaginem Principis in ea impreſſam. *l. 1. & 3. C. de veter. num. poteſt.* Non poteſt ergo creditor refragari, ſi mutuatarius ei offerat novam monetam juſſu Principis percuſſam. Nec turbat, quòd in laudata *l. 1.* ajunt Imperatores : *modo ut debiti ponderis ſint, & ſpeciei probæ.* Nam cujus ponderis eſſe debeant nummi, cujus ſpeciei, decernit idem Imperator : ſequitur, ut debitum pondus, & ſpecies proba illa ſit, quam voluit, ac juſſit Imperator. Accedit, quod pro denariis, quos accepit mutuatarius, ſolvere poſſet aureos, dum ſolveret eamdem æſtimationem, ut in ſuperioribus eſt demonſtratum : quidni igitur poſſit ſolvere denarios ejuſdem ſpeciei, ejuſdemque æſtimationis ? ſi aureos ſolveret, hoc tantùm quæreretur, an ſit ejus qualitatis, ejuſque ponderis, quod publicè fuit deſignatum ; quidni idem ſufficere debet, ſi denarios ſolvat ?

Atque eo magis, quod nullum damnum 7
paſſurus eſt creditor ex ſolutione novæ, cum

ſit ejuſdem poteſtatis, ejuſdem æſtimationis, cujus erat moneta vetus, quàm mutuatus fuit. Itaque nulla cauſa eſt, cur eam accipere recuſet, & ſi recuſaverit, cogendus erit argumento *l. creditorem ff. de ſolut.* quam in ſuperioribus latiſſimè expoſuimus.

8 Reſpondent quidam, quòd damnum patitur creditor, quia nummis hiſce novis deterioribus non poteſt comparare totidem nummos veteres, quos mutuos dedit. Quaſi vero pecunia ſit introducta & inſtituta, ut cum alia pecunia permutetur. Imo fuit inventa ad tollendas difficultates permutationum *l. 1. ff. de contr. empt.* Aliud eſt pecunia, aliud merx: pecuniâ merces omnes æſtimantur, non mercibus pecunia *d. l. 1. & l. ſi ita fidejuſſorem 42. ff. de fidejuſſ.* Poteſt igitur creditor eaſdem merces novâ pecuniâ ſibi comparare, quas potuiſſet pecuniâ vetere, quam mutuam dedit: cum mutata non fuerit æſtimatio. Nullum ergo damnum patitur. Illud etiam falſum eſt, quod non poſſit ſibi totidem nummos veteres comparare. Quidni poſſit, ſi eadem eſt æſtimatio? Damnum diminutione patrimonii æſtimatur *l. 3. ff. de damn. infecto.* non ſi lucro aliquo careat.

9 Poſtremò moveor exemplo Romanorum, quorum jure utimur. Mutatio intrinſeca monetæ duobus modis contingere poteſt: nam poteſt minui pondus monetæ eâdem materiâ retentâ: poteſt eodem retento pondere ex viliore materia cudi. Utriuſque mutationis in hiſtoria Romana habemus exempla. Plinius utriuſque mutationis meminit *lib. 33. cap. 3. libra autem pondus æris imminutum bello Punico. Primò, cùm impenſis Reſp. non ſufficeret, conſtitutumque, ut aſſes ſextantario pondere ferirentur. Ita quinque partes factæ lucri, diſſolutumque æs alienum*, &c. *Poſtea Annibale urgente Q. Fabio Maximo Dictatore aſſes unciales facti, placuit denarium ſexdecim aſſibus permutari*, &c. *Ita Reſp. dimidium lucrata eſt. In militari tamen ſtipendio ſemper denarius pro decem aſſibus datus*, &c. *Mox lege Papiria ſemunciales aſſes facti. Livius Druſus in Tribunatu plebis, octavam partem æris argento miſcuit.* En utramque mutationem. In his verbis plura ſunt obſervanda. Primùm quod Reſp. cum antea librales aſſes eſſent, duarum unciarum ponderis eos percuſſit, & dextantem lucrata, diſſolvit æs alienum. Solvit igitur creditoribus eadem æſtimatione aſſes ſextantarios, cujus erant antea librales. Permiſit igitur id & privatis debitoribus: alias captio fuiſſet. Secundò quòd in altera aſſis diminutione aliquantulum diminuta fuit etiam aſſis æſtimatio peræqua proportione ad ſeſtertium, atque denarium. Nam cum prius ſeſtertius duobus aſſibus cum dimidio, denarius decem aſſibus valeret; exinde cœpit ſeſtertius quatuor aſſibus, ſexdecim denarius permutari. In ſe ipſo tamen vilior fuiſſe non videtur: alioqui Reſp. dimidium lucrata non fuiſſet. Ideò decem aſſes, quos pro diurno ſtipendio antea ſolvebat, deinceps quoque ſolvit, nec numerum auxit, licet auctus eſſet numerus aſſium, quos continebat denarius. Itaque verè non denarius exinde fuit ſtipendium militare, ſed decem aſſes, quot in veteri denario continebantur. Et ita Plinius eſt intelligendus. Tacit. *lib. 1. annal. c. 17. Enim verò militiam gravem, infructuoſam, denis in diem aſſibus animam & corpus æſtimari.* Deinde: *Nec aliud levamentum, quàm ſi militia certis ſub legibus iniretur, ut ſingulos denarios mererent.* Seditioſi milites non contenti decem aſſium ſtipendio, flagitabant, ut ad denarium augeretur, videlicet uſque ad ſexdecim aſſes. Verum tamen denarius licèt auctus aſſium numero, auctus pretio non videtur fuiſſe. Argumento eſt, quod ſemper drachmæ Atticæ æqualis habitus fuit, ut conſtat, Latinos auctores eum Græcis conferendo. Tertio, quod cum lege Papiria aſſes facti eſſent ſemunciales diminuto pondere, nec eorum pretium fuit diminutum, nec auctus numerus aſſium, quibus valebat denarius, qui ſemper ſexdecim aſſibus fuit æſtimatus. Quartò, quod Livius Druſus etſi octavam partem æris argento miſcuerit, non tamen ſeſtertii ac denarii pretium minuit. In aureis quoque frequens, imo frequentior fuit mutatio. Plinius *lib.*

33.

Digitized by Google

33. ex auri libra quadraginta aureos cuſos fuiſſe refert, poſtmodum quadraginta quinque, ſi numeri corrupti non fuerint, ut putat Budæus. Conſtat ſub primis Imperatoribus XLVIII. aut L. cudi ſolitum : poſtea ſenſim pondus adeo decreviſſe, ut ex libra auri ferirentur ſolidi ſeptuaginta duo. Hinc aurei Antoniniani, Valeriani, Philippei, Aureliani apud ſcriptores hiſtoriæ Auguſtæ, ut alii ab aliis diſtinguantur : quemadmodum etiam argentei, nempe denarii, his nominibus invicem ſecernuntur. In tanta pecuniæ mutatione numquam legimus, neque apud Hiſtoricos, neque apud veteres Juriſconſultos diſputatum, aut dubitatum fuiſſe, utrum in vetere, an in nova moneta ſolutio eſſet facienda. Sueton. *in Nerone c. 44. Exegitque ingenti faſtidio, & acerbitate nummum aſperum, argentum puſtulatum, aurum obryzum, ut plerique omnem collationem palàm recuſarent, conſenſu flagitantes à debitoribus potius revocanda præmia, quæcumque cepiſſent.* Quid ſi debitores propter monetæ mutationem coacti fuiſſent, non ab Imperatore, ſed à privatis creditoribus veterem monetam conquirere? quàm vehementer reclamaſſent? quàm obſtinatè recuſaſſent? Nero non certam ſpeciem monetæ exigebat: poterant ſolvere nummos æreos, argenteos, aureos: dum ærei eſſent aſperi, hoc eſt, recens conflati, non uſu detriti: alii ex argento, auroque diligenter excocto, puroque, ut nihil eſſet admixtum; debitores autem ad certam ſpeciem pecuniæ conquirendam fuiſſent adſtricti. Sed nos hac de re certiores facit Salluſtius *de Conjur. Catil. Sæpe majores noſtri miſerti plebis Romanæ, decretis ſuis inopiæ ejus opitulati ſunt. Ac noviſſimè memoriâ noſtrâ propter magnitudinem æris alieni, volentibus omnibus bonis, argentum communi ære ſolutum eſt.* Non poteſt dubitari hìc agi de debitoribus ex mutuo, cùm paulò antè acriter queſtus ſit de crudelitate fœneratorum. Hæc pluribus perſecutus ſum, quia quidam paucis verbis hoc argumentum eludunt, dicentes ſe non quærere, quid aliquando factum fuerit, ſed quid fieri debeat ratione legis, & æquitatis, & legibus, non exemplis, eſſe judicandum. Quaſi non legibus, & ratione cuncta confirmaverimus, ſed Poëtarum figmentis, & hoc poſtremum argumentum legibus non innitatur, ſine quibus pecunia mutari non poteſt.

Verùm enim vero ipſi, qui leges à nobis 10
exigunt, nulla lege fulciunt opinionem ſuam. Etenim *c. quanto de jurejur.* tam alienum eſt à noſtra controverſia, quàm quod maximè. Quæſivit à S. P. Petrus Arragoniæ Rex, an poſſet, aut deberet reprobare falſam monetam Reip. damnoſam, quam ſe minimè reprobaturum juraverat. Quid hoc cum mutui ſolutione?

Nihil pariter momenti eſt in *c. olim* 20. 11
de Cenſib. Clerici plebis Rupinæ ſolvebant Epiſcopo Spoletano quotannis ſex denarios Papienſes. Pro quolibet Papienſi cœperunt ſolvere tres Lucenſes, qui erant ejuſdem æſtimationis, quos Epiſcopus non invitus accipiebat per text. *in l. creditorem* 99. *ff. de ſolut.* Poſtmodum diminuto denariorum Lucenſium pretio, adeo ut ſeptem Lucenſes cum dimidio conficerent æſtimationem unius Papienſis, proſequebantur Clerici ſolvere tres dumtaxat novos denarios Lucenſes in ſingulos Papienſes: reclamavit Epiſcopus: meritò, quia non poterat cogi ad accipiendos nummos in aliam formam, cùm ex eo damnum paſſurus eſt *d. l. creditorem.* Decrevit ſummus Pontifex, ſolvendos eſſe quotannis ſex denarios Papienſes, vel eorum æſtimationem. Denarii Papienſes, qui debiti erant, mutati non fuerant, nec extrinſecùs nec intrinſecùs: itaque non hoc erat controverſum, ſed utrum Clerici præſcripſiſſent jus ſolvendi tres denarios Lucenſes pro uno Papienſe, ut liquidò conſtabit legenti totam conſtitutionem.

Non multò majoris momenti eſt argumen- 12
tum, quod ducitur à *c. cùm canonicis penult. de Cenſib.* nam in eo non exprimitur genus monetæ, neque quod voluerint ſolvi monetam recens cuſam. Colligi tamen poteſt ex *c. 3. antiqu. collect. 2.* relato ab Anton. Auguſt. quo idem omnino factum continetur, eademque deciſio, cuncta iiſdem

Digitized by Google

ferè verbis. Preſbiter pro penſione ſuæ Ec-
cleſiæ aliquotannis perſolverat certam pecu-
niæ ſummam : Canonici ab eo exigebant ſi-
bi ex integro ſolvi ex pecunia Pariſienſi, quæ
majoris erat valoris : itaque volebant auge-
re penſionem. Reſpondit Urbanus III. Ca-
nonicos illos antiquâ penſione contentos eſſe
debere. Nihil ad rem noſtram. Nam id ver-
ſabatur in quæſtione , an obtentu pecuniæ
Pariſienſis liceret Canonicis majorem pen-
ſionem exigere , quàm initio fuiſſet conſti-
tuta ; & huc referuntur illa verba : *ſolutione
prioris pecuniæ , vel ſi non ſit in uſu , æſtima-
tione penſionis antiquæ facias manere conten-
tos.* Videndi Anton. Aug. *d. collect.* 3. *c.* 3.
& Gonſal. *in hoc c. penult.* qui hoc explicat
accuratiſſimè.

CAPUT XIII.

Ad L. creditor 102. ff. de ſolution.

SUMMARIUM.

1 *Debitor pecuniam offerens, purgat moram , & cre-
ditorem recuſantem in mora conſtituit.*
2 *Rei periculum pertinet ad creditorem. Hoc reſpon-
ſum ſingulare.*
3 *Vulgaris DD. interpretatio rejicitur & n 4. 5. 6.*
4 *Scævola diligentiſſimus in factis enarrandis , in reſ-
ponſis prudentiſſimus.*
5 *Mora non committitur ſi oblatio vel interpellatio
non fiat opportuno loco & tempore.*
7 *Mora , qua creditori non nocet multo minùs debi-
tori poteſt nocere.*
8 *Æſtimatio vel quantitas perire non poteſt quamvis
corpus pereat ; eaque ſemper debetur.*
9 *Non idem eſt in ſpeciebus in quibus corpus non
perit.*
10 *Aſſertur ratio deciſionis noſtri textûs.*

1 DIfficilius eſt , quàm plerique opinan-
tur , Scævolæ reſponſum in *l. creditor.*
102. *in princ. ff. de ſolut. Creditor oblatam à
debitore pecuniam , ut alia die accepturus ,
diſtulit.* Perſpicuum eſt , creditorem in mo-
ra eſſe. Nam etſi debitor ante fuiſſet in mo-
ra , tamen offerendo pecuniam , purgat mo-
ram , & in mora conſtituit creditorem re-
cuſantem accipere pecuniam ſibi oblatam ,
l. illud 17. *ff. de peric. & comm. rei vend.
l. qui decem* 72. *in princ. ff. de ſolut. l. inter-
dum* 73. *in fin. ff. de V. O. l. ſed etſi* 17. *ff.
de conſtit. pecun. l. hujuſmodi* 84. §. *ſi cui
homo , ff. de leg.* 1. *l. ſtipulatus* 105. *ff. de
V. O.* His legibus illud etiam continetur,
rei periculum ac detrimentum ad creditorem
pertinere *l. in re furtiva* 8. *in princ. ff. de
condict. furt.* Contrarium tamen in hac le- 2
ge reſpondit Scævola , detrimentum non eſſe
creditoris , ſi pecunia , quam debitor obtu-
lit , poſtea juſſu Præſidis tamquam ærosa
fuerit ſublata. Quam plurimi ex noſtris æro-
ſam vocant pecuniam æream. Stultè. Pecu-
nia ærosa eſt pecunia argentea , vel aurea ,
cui plurimum æris eſt admixtum. Plin. *lib.*
34. *cap.* 1. de ære conflando. *Fit & è lapide
æroſo , quem vocant cadmiam.*

Plerique omnes interpretes facillimè ex 3
his anguſtiis evadunt. Aiunt enim , debito-
rem non obtuliſſe pecuniam opportuno loco,
& tempore. Mihi verò perſuaſiſſimum , eos
hariolari , non legem interpretari. Nullum
enim verbum eſt in lege , nulla conjectura ,
unde hoc aſſequi poſſimus. Imò omnia conſ-
pirant , ut contrà , ac dicunt , ſentire nos
cogant. Scævola , qui coryphæus legum pru-
dentum à Modeſtino appellatur in *l. ſcire* 4
oportet 13. §. *aliud ff. de excuſ. tut.* & pru-
dentiſſimus ab Imperatoribus in *C. Theod.
tit. de teſt. l.* 3. diligentiſſimus eſt , & pro-
fuſus in factis enarrandis , & nihil umquam
omittit , quod ad ſolvendam propoſitam
quæſtionem conducere poſſit : expoſitoque
facto ſecundùm ea , quæ proponuntur , reſ-
pondet , quid juris ſit. Quod ſi de facto du-
bitetur , nihil definit : ſed reſpondet de jure
non quæri , ut in *l. Seja* 20. *in fin. ff. de inſt.
vel inſtrum. legat.* vel facti quæſtionem eſſe.
Profectò quicumque conſuetudinem reſpon-
dendi à Scævola ſemper uſurpatam obſerva-
verit , non poterit in animum inducere Scæ-
volam in hac lege factum omiſiſſe , ex quo
tota cauſa , & quæſtionis reſolutio pendet :
eò magis , quia nec id quæſtionis eſſet , cùm
certum ſit moram non committi , ſi inter- 5
pellatio , & oblatio non fiat opportuno loco,
& tempore *l. mora* 32. *ff. de uſur.* juſta enim

Digitized by Google

dilatio non inducit moram, nec periculum transfert *l. ſciendum* 21. *cum ſeq. ff. de uſur. l. ſi pupillus* 127. *ff. de V. O. l. cum filiusfam.* 49. *§. ult. ff eodem.* Num igitur Scævolæ exiſtimationi audemus illudere cum Claudio in *l. à teſtatore* 109. *ff. de condit. & dem. Magno ingenio de jure aperto reſpondit, cùm poteſt dubitari an in propoſito conditio eſſet?* Ego certè hoc facere non auſim. Quinimò Claudium ſine cauſa Scævolam puto reprehendiſſe: cùm enim reſpondit: *hæredem conditioni parère non poſſe*: hoc ipſo declarat, verba expoſita conditionem facere.

Sed omnem tollunt dubitationem poſtrema reſponſi verba: *Reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, nec creditoris, nec tutoris detrimentum eſſe.* Quid propoſuit de creditore? Nempè hoc dumtaxat: creditor oblatam ſibi à debitore pecuniam, ut aliâ die accepturus, diſtulit. De inopportuno loco, & tempore ne verbum quidem. Temerè igitur affirmant, Scævolam reſpondiſſe de pecunia oblata tempore aut loco inopportuno. Si hac de re reſpondit, utique non reſpondit ſecundùm ea, quæ proponerentur: quia hæc ibi non proponuntur. Aut igitur falſum eſt, quod ait Scævola, aut id, quod aiunt interpretes. Conſtat ergo, Scævolam reſpondiſſe ſimpliciter & abſolutè de creditore, qui, ut alia die accepturus, diſtulit: hoc enim initio legis decidendum proponitur. Et obſervandum eſt, quòd creditor non diſtulit, ut alio loco accepturus, quamobrem fictum eſt & commentitium, quod de loco inopportuno ſomniant interpretes. Item quod non diſtulit, ut accepturus die con-
6 ventâ, & condictâ; ſed aliâ die: quæ verba
nullum certum diem præſtituunt ac definiunt, ut norunt omnes latinè ſcientes: & ita uſurpatur in legibus noſtris *l. cum alii C. de curat. fur. l. invitus* 156. *§. cum quis ff. de R. J. l. ſi fundum* 18. *§. ſi libertus ff. de leg.* 2. Veteres autem J C. cùm de periculo & detrimento rei debitæ pertractant, ſemper exprimunt diem conventum, præſtitutum ſolutioni, ut in *l. vinum* 22. *verſ ſi dictum, ff. de reb. cred. l. ult. ff. de condict. tritic. l. magnam C. de contr. ſtipul. l. qui ſine* 38. *ff. de negot. geſt.*

His probatis conſequens eſt nec debitori 7
moram nocere, argumento *l. Arrianus* 47. *ff. de O. & A. l.* 3. *in fin. ff. mand.* Nam ſi mora non nocet creditori, multò minùs nocere debet debitori: ſi non nocet actori, multò minus reo: eſt enim hæc quæſtio de bono & æquo, *l. ſi ſervum* 91. *§. ſequitur ff. de V. O. l. apud* 4. *§. Marcellus* 3. *ff. de dol. mal. & met. except.* Magis excuſandus eſt debitor, qui interpellatus non ſolvit, vel quia in promptu pecuniam non habet, vel quia propter inopiam parare non poteſt *l. nam* 6. *ff. de dol. mal.* quàm creditor qui oblatam ſibi pecuniam recuſat accipere.

Jam verò cauſam, cur id conſtitutum fuerit in pecunia numerata, quàm potero planiſſimè, aperiam. Illud ratum, firmum, fixumque eſſe oportet, quod in ſuperioribus ſemper inſinuavimus, nummos in contractum mutui, non ratione corporis, ſed æſtimationis, & quantitatis deduci ex *l.* 1. *ff.*
de contrah. empt. Quocirca id, quod debe- 8
tur, perire non poteſt, atque adeo nec liberari debitor ab obligatione *l. ſi ut certo* 3. *§. etſi fortè ff. commod. l. plerumq.* 10. *in princ. ff. de jur. dot.* Poteſt quidem perire corpus nummorum, poteſt etiam perire totum genus certæ cujuſdam pecuniæ, ut in noſtra *Leg. Creditor*, ubi pecunia illa, quâ Reſpublica utebatur, quaſi ærosa ſublata fuit juſſu Præſidis: ſed æſtimatio quam debet mutuatarius, neque perire poteſt; ſed nec variare, cùm ab initio contracta fuerit obligatio in certa æſtimatione, quæ non eſt affixa huic, vel illi generi monetæ, adeoque eâ peremptâ, vel mutatâ poſſit, ac debeat in alio genere monetæ ſolvi ea æſtimatio, de qua initio convenit inter contrahentes *l. fundum* 28. *ff. de novat. c. cum canonicis de Cenſib.* Frumenti, vini, olei genus 9
perire non poteſt, quia eſt à natura, quæ immutabilis eſt: neque harum rerum certa eſt æſtimatio, quia mutatur in dies: neque in obligationem deducuntur ratione æſtimationis, ſed corporis. Idcirco frumentum pro frumento, vinum pro vino, oleum pro

oleo reſtituendum *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* & ſi poſt moram creverit, vel decreverit æſtimatio, id cedit damno moram facientis, & alterius emolumento, ſecundùm pervulgatam regulam: unicuique ſua mora nocere debet *l. in condemnatione* 173. §. *unicuique ff. de R. J.* Quamobrem ut conſtet, an ex mora quiſquam damnum patiatur, æſtimanda res eſt eo modo, qui traditur in *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* in *l. ult. ff. de condict. tritic.* in *l. ſi ſterilis* §. *cùm per venditorem ff. de act. empt. l.* 3. *§. in hac ff. commod.* Hæc autem locum non habent in pecunia numerata, cujus certa eſt, & à lege præſcripta æſtimatio *l.* 3. *ff. de in lit. jur.* atque ideo ad eam reſtituendam mutuatarius obligatur, & eodem modo tenetur poſt moram, quo ante moram tenebatur. Debitor enim poſt moram, etiamſi fur ſit, tenetur in æſtimatione rei, ſi periit *l. in re furtiva* 8. *in princ.*
10 *ff. de condict. furt.* Mutuatarius autem pecuniæ in æſtimationem tenetur etiam antè moram, ut in ſuperioribus demonſtravimus. Nihil igitur ei officere mora poteſt. Nec poteſt teneri ad id, quod intereſt, cùm nihil interſit creditoris, qui recipit æſtimationem, quam dedit *d. l.* 3. *ff. de in lit. jur.* Quapropter ſive perempta & ſublata fuerit pecunia, ſive vilior facta, nullum damnum patitur, cùm ei ſolvitur æſtimatio, quæ ipſi abeſt. Nec allegare poteſt, ſe potuiſſe lucrum facere negotiando: hoc enim in mora non æſtimatur *l. ſi ſterilis §. cum per venditorem ff. de act. empt.* Eadem eſt ratio creditoris, cui ſalvum ſemper eſt jus ſuum, ſivè intereat pecunia, ſivè deterior fiat tam antè, quàm poſt ſuam moram, quia non interit, aut fit deterior res debita, cùm ei non debeatur hoc, vel illud nummorum genus, qui perierunt, aut deteriores & viliores facti ſunt; ſed certa æſtimatio, certa quantitas, quæ tempore interire, ac mutari non poteſt. Concludam igitur. Omnes controverſiæ, quæ exiſtunt propter interitum, mutationemque monetæ, facillimè explicantur, & expediuntur, ſi illud firmum, fixumque teneamus, mutuatarium teneri ad reſtituendum tantumdem æſtimationis, non tantumdem corporis, & materiæ.

CAPUT XIV.

Ad l. qui ſervum 34. *ff. de oblig. & action.*

SUMMARIUM.

1 *Diſſidium veterum Ictorum circa concurſum actionum pœnalium.*
2 *Quid obtinuerit.*
3 *Hujus diſſidii in Pandectis multa veſtigia.*
4 *Collidi inter ſe actiones pœnales, tradit Modeſtinus & Paulus.*
5 *Ulpiani ſententia probatur.*
6 *Ex unico facto plures pœnæ luendæ, ſi plura delicta contingat.*
7 *Idem eſt, ſi unicum factum plures contineat injurias.*
8 *Alia eſt æſtimatio damni, alia contumelia.*
9 *Explicatur L.* 8. *de injur.*
10 *In quo verè Paulus ab Ulpiano diſſenſerit.*
11 *Quomodo conciliari poſſint.*
12 *Utráque actione nos experiri poſſe, quomodo intelligatur.*

NOn poteſt dubitari, varias, ac diſſidentes fuiſſe veterum Juriſconſultorum 1
opiniones circa concurſum actionum pœnalium, ac mixtarum: an ſe invicem eliderent, atque conſumerent. Hac de re dubium controverſumque jus fuiſſe fatetur Paulus in hac Lege in principio, ubi varias recenſet opiniones. Luculentior teſtis eſt Hermogenianus in *l. cùm ex uno* 32. *ff. eod. Cùm ex uno delicto plures naſcuntur actiones, ſicut evenit, cùm arbores furtim cæſæ dicuntur, omnibus experiri permitti poſt magnas varietates obtinuit.* Demonſtrant hæc verba diu multumque ſententiis fuiſſe variatum apud antiquiores Juriſconſultos. Cùm autem Hermogenianus floruerit imperante Diocletiano, videlicet multò poſt Paulum & Ulpianum, & alios ejus ſæculi Juriſprudentes, ambigendum non eſt, eo ſæculo auctores juris in magna varietate, ac diſſenſione fuiſſe; tandem verò obtinuiſſe ſententiam eorum, qui exiſtimabant permittendum eſſe actori omnibus actionibus experiri. Atque 2
id approbavit legiſlator noſter *in l. ſi quis ſervo* 20. *C. de furt.* & in §. *ult. inſtit. tit. ſi*

Digitized by Google

quadrup. pauper. fec. dic. in quo unicum eſt factum & unicum delictum, & tamen utraque actio poteſt exerceri, utraque pœna exigi. Licet enim duo facta videri poſſint, duo delicta: alterum detinendi animal noxium, qua vulgo iter fit, quod edicto ædilium prohibetur: alterum nocendi, & damnum dandi: tamen unicum eſt delictum damni dati, quia tam lege duodecim tabularum quàm ædilitio edicto, punitur ſolummodò damnum datum ab animalibus *l. qua vulgo* 32. *ff. de adilit. edict.*

3 Verumtamen quamvis jamdiù fuiſſet exploſa ſententia eorum, qui putabant actiones invicem collidi, atque conſumi, tamen juris noſtri conditores multa in Pandectis hujus diſſidii veſtigia reliquerunt. Modeſtinus enim in *l. plura delicta* 53. *ff. de oblig. & action.* contra ſentit. *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, ſed non poſſe nos omnibus uti probatum eſt: nam ſi ex una obligatione plures actiones naſcantur, una tantummodò, non omnibus utendum eſt.*

4 Paulus quoque in noſtra *l. qui ſervum* 34. *in princ. ff. de obl. & action.* proponit ſervum alienum injurioſè verberatum, & ait competere quidem utramque actionem, & injuriarum, & legis Aquiliæ: an autem altera alteram conſumat, duas refert opiniones, ac neutram probat, ſtatuitque alteram quidem actionem ab altera non excludi, ſed actorem poſteriore actione id tantummodò, quod in ipſa amplius eſt, conſecuturum.

5 Contra Ulpianus in *l. item apud Labeonem* 15. §. *ſi quis ſervo* 46. *ff. de injur.* idem factum proponit, & multò aliter reſpondet: ait enim: *Si quis ſervo verberato injuriarum egerit, deinde poſtea damni injuriæ agat, Labeo ſcribit eamdem rem non eſſe, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.* Quaſi dicat non eamdem rem petere, aut exigere, qui poſt injuriarum actionem agit ex lege Aquilia: adeoque non facere contra diſpoſitionem textûs in *l. bona fides ff. de R. J.* ad cujus normam dirigenda eſt tota ratio harum actionum in judicium deducendarum: & rectè quidem, ut mea fert ſententia. Quid enim commune habet contumelia cum damno? Dominus ſervi duplex incommodum ſuſtinet, detrimentum exiſtimationis, & damnum rei familiaris. Quid cauſæ eſt, cur non utrumque ei ſarciri, ac refici debeat? Injurioſè verberans ſervum alienum duo delicta committit inter ſe diſtincta, ac ſeparata: lædit exiſtimationem domini, lædit & ejus rem familiarem in corpore ſervi facto deteriore: quidni igitur ſubeat pœnam utriuſque delicti? cur delictum ei præſtare debet impunitatem alterius delicti? Neque hæc duo delicta inter ſe miſcentur, & confunduntur. Si injuriam ſervo feciſſet, ſolveret integram æſtimationem injuriæ, & contumeliæ domino illatæ, quamvis ſervi corpus nulla in parte læſiſſet. *l. item apud Labeonem* §. *itaque prætor* 44. *cum* §. *antec. ff. de injur.* Si damnum culpâ ſuâ dediſſet in corpore ſervi ſine ulla domini injuria, integrum damnum ſarcire teneretur: *l. ſi quis ſervum* 27. §. *tertio autem capite ff. ad Leg. Aquil.* §. *illud palam inſtit. tit. eod.* Ergo & ſi hæc duo delicta ſimul conjunxerit, utriuſque pœnam debet perſolvere; delictum enim non minuit aliud delictum *l.* 2. *ff. de privat. delict.*

6 Quid? quod explorati juris eſt, quod quoties unum idemque factum duo delicta diverſa, atque diſtincta comprehendit, reus tenetur utriuſque delicti pœnam perſolvere. Ulpianus in *l. Neratius* §. *quamvis ff. de ſervo corrupt. Quamvis autem rerum ſubtractarum nomine ſervi corrupti competat actio, tamen & furti agere poſſumus, ope enim & conſilio ſollicitatoris videntur res abeſſe: nec ſufficit alterutra actione egiſſe, quia altera alteram non minuit.* Unicum eſt factum ſollicitationis, ſed duo continet delicta, quibus dominus damno afficitur: furtum rerum, & ſervi corruptelam; igitur utriuſque pœnam reus perſolvat neceſſe eſt. Quas pœnas perſolvere debet, etiamſi verè neque ſervus fuerit corruptus, neque furtum admiſſum *l. ſi quis ſervo* 20. *C. de furt.* §. *ſed etſi inſtit. tit. de obligat. quæ ex quaſi delict. naſc.*

Idem Ulpianus in *l. qui ſervandarum* §. 1.

*ff. de præſcrip. verb. Sed etſi ſervum quis alie-
num ſpoliaverit, iſque frigore mortuus ſit:
de veſtimentis quidem furti agi poterit: de
ſervo vero in factum agendum; criminali pœ-
na adverſus eum ſervata.* Et hîc eſt unicum
factum ſpoliationis, duo verò delicta, fur-
tum, & homicidium.

Papinianus in *l. inter liberas 6. in princ. ff.
ad Leg. Jul. de adulter. Quod autem attinet
ad ſervas ſtuprum paſſas, & Legis Aquiliæ
actio facilè tenebit, & injuriarum quoque
competit, nec erit deneganda quoque Prætoria
actio de ſervo corrupto, neque propter plures
actiones parcendum erit in hujuſmodi crimine
reo.* Unico facto tria delicta continentur,
injuria, damnum, ancillæ corruptela: &
ſingula detrimentum domino afferunt, &
ideo omnium pœnam debet conſequi domi-
nus. Concurrit hîc actio Legis Aquiliæ cum
actione injuriarum, nec altera alteram mi-
nuit, niſi quis dicat hoc evenire propter
atrocitatem criminis: ibi: *in hujuſmodi cri-
mine.* Sed hoc addit Papinianus ad confir-
mandam ſententiam, & tollendam omnem
dubitationem; non quod id ſit in hoc cri-
mine ſingulare. Ut enim ſi eodem facto duo
crimina contineantur, ſuper utroque debet
judex cognoſcere, & de utroque ſen-
tentiam ferre, ac reum condemnare *l.
qui de crimine 9. C. de accuſat.* ita & in
privatis delictis, in quibus pariter eſt
conſtitutum, ut delictum ob aliud delic-
tum pœnam non minuat, *l. 2. in princ. ff.
de privat. delict.*

7 Nec aliter eſt conſtitutum in delicto inju-
riarum. Nam ſi ex unico facto duæ pluresve
promanent injuriæ, omnes vindicandæ, om-
nium pœna ſubeunda, etiam ſi ejuſdem
generis ſint delicta. In *l. 1. §. ult. ff. de injur.*
Ulpianus. *Idem ait Neratius: ex una inju-
ria interdum tribus oriri injuriarum actionem:
neque ullius actionem per alium conſumi, ut
putà, uxori meæ, filiæfamilias injuria facta
eſt: & mihi, & patri ejus, & ipſi injuria-
rum actio incipit competere.* Idem Neratius
in *l. pater 42. ff. eod. Pater, cujus filio facta
eſt injuria, non eſt impediendus, quominùs
duobus judiciis & ſuam injuriam perſequatur,
& filii.* Addit Juſtinianus in *§. patitur inſt.
tit. de injuriis*, aliquando quatuor perſonis
ex una injuria oriri actionem injuriarum:
nam ſi maritus cujus uxori facta eſt injuria,
ſit in poteſtate patris, etiam ipſe pater mariti
ſeu ſocer filiæfam. cui allata eſt injuria, habet
actionem injuriarum.

Neque ullius momenti eſt ea ratio, quam 8
refert Paulus in laudata *l. qui ſervum.
Quoniam deſiit bonum, & æquum eſſe, con-
demnari eum, qui æſtimationem præſtitit.*
Quam enim æſtimationem præſtitit? nempe
damni, non injuriæ: alia autem eſt æſtima-
tio damni, alia contumeliæ. *l. item apud La-
beonem, §. ſi quis ſervo, ff. de injur.* Imo nihil
commune habet æſtimatio damni cum æſti-
matione injuriæ. In damno æſtimatur, quan-
tum res ipſa, in qua damnum datum eſt, de-
terior facta eſt; & hæc æſtimatio ſemper ea-
dem eſt, neque creſcit, aut decreſcit pro
conditione domini, qui damnum paſſus eſt.
*§. capite tertio cum ſeq. inſt. tit. de Lege
Aquil. l. ſi ſervus. 27. §. tertio autem ff. eod.*
In injuria autem æſtimatur detrimentum æſti-
mationis domini, & hæc æſtimatio non in
omnibus dominis eadem eſt, ſed creſcit pro
conditione, ac dignitate dominorum; imo
& pro conditione ejus, qui injuriam intulit,
& pro qualitate ipſius ſervi. *§ pœna in fin. &
§. atrox inſtit. tit. de injur.* Damnum æſtima-
tur ſecundùm veritatem, injuria ſecundùm
opinionem, & æſtimationem ejus, qui in-
juriam paſſus eſt. *d. §. pœna.* nam damnum
in re, injuria in opinione conſiſtit. Quæ
igitur iſta æquitas eſt, ut qui præſtitit æſti-
mationem alterius omnino diverſæ, non de- 9
beat alterius æſtimationem præſtare? Multò
rectiùs igitur reſponderunt Imperatores Dio-
cletianus, & Maximianus in *l. dominum 8.
C. de injur. Dominum pro atroci injuria,
quam ſervus ejus paſſus eſt, edicti perpetui
actione propoſita, qua damni etiam haberi ra-
tionem, verbis evidenter exprimitur, agere
poſſe convenit.* Vix admitti poſſe videtur edic-
to nominatim fuiſſe comprehenſum, ut in
actione injuriarum damni etiam ratio habe-
retur. Quid eſt enim, quod quidam puta-
bat eum, qui agit injuriarum, poſſe poſtea

Digitized by Google

agere actione legis Aquiliæ: contra verò qui agit actione legis Aquiliæ, non poſſe poſtea agere injuriarum? Si illud fuiſſet expreſſum in edicto, contrarium potius fuiſſet ſtatuendum: nec poteranr in controverſiam vocari, quæ diſputat Paulus in noſtra *lege, qui ſervum* 34. *in princ.*

Ex his eo certius apparet veriſſimum eſſe, quod tradidit Ulpianus in laudata *l. item Labeo.* §. *ſi quis ſervo ff. de injur.* nempe quod in actione injuriarum, qua agit dominus pro injuria facta ſervo duæ fieri debent æſtimationes, altera damni, altera contumeliæ: non exigit eamdem rem, qui utrumque exigit. Itaque meo judicio ita ſe res habet. Cùm ſolum atrox verberatio ſervi redundet in contumeliam domini, & pro ea vindicanda injuriarum actionem habeat. §. *ſervis inſtit. tit. de injur. l. item apud Labeonem.* §. *prætor ait: qui*, 34. *ff. de injur.* & injuria creſcat ex atrocitate damni, ex conditione ſervi pulſati aut verberati. §. *pœna, inſtit. tit. de injur.* vix fieri poteſt juſta, ac legitima injuriæ æſtimatio, niſi ſimul fiat æſtimatio etiam damni. Cùm igitur hæ duæ æſtimationes ſint adeo inter ſe conjunctæ atque connexæ, judex utriuſque rationem habere debet petente id actore, cujus plerumque non intereſt poſtea rurſus novum judicium inſtituere, & agere actione Legis Aquiliæ. Quamobrem ſi actor cavere paratus ſit, ſe poſtea Legis Aquiliæ actione non acturum, judex in utramque æſtimationem debet reum condemnare. *l. ſi à domino* 36. §. *ſi poſſeſſor ff. de pet. hered.* Ibi: *Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit ſibi eum condemnari, ut caveat ſe non acturum lege Aquilia, an malit integram ſibi eſſe actionem legis Aquiliæ, omiſſa ejus rei æſtimatione à judice.* Et in *l. non ſolum* 13. *cum ſeq. ff. de rei vindic. Unde quæritur, an non alias judex æſtimare damnum debeat, quam ſi remittatur actio legis Aquiliæ: & Labeo putat, cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quæ ſententia vera eſt. Quod ſi malit actor potius actione legis Aquilia uti, abſolvendus eſt poſſeſſor.* Facit *text. in l. unde quæritur* 7. §. 1. *verſ. nam etſi adverſus, ff. commod.* Prætor igitur edicto cavebat, ut ſi actor mallet in ipſo injuriarum judicio damnum æſtimari, quàm poſtea agere Lege Aquilia, poſſet id conſequi; nam & de damno formulam præſcriptam habebat, ad quam litem accommodabat. Eleganter Cic. *in Oratione pro Roſcio Comœdo. Expreſſæ ſunt enim ex uniuſcujuſque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publica à Prætore formulæ, ad quas privata lis accommodatur.*

Et hanc eſſe germanam ſententiam Cæſarei reſcripti in laudata *l. dominum, C. de injur.* nullus dubito: cui non adverſantur ea quæ traduntur à Paulo in noſtra *l. qui ſervum in princ.* de danda actione Legis Aquiliæ poſt actionem injuriarum. Prætor enim jubebat æſtimari damnum in judicio injuriarum, ejuſque rationem haberi volente actore: cæterum ſi actor ex cauſa damni mallet agere actione Legis Aquiliæ, & novo judicio damnum perſequi; id Prætor minimè prohibebat. In eo fuit nimio plus lenior Paulus, quod putavit, reum non in utramque æſtimationem condemnandum, ſed ſolum in id, quod amplius eſt in actione Legis Aquiliæ, qua in re ab aliis, ac præſertim ab Ulpiano diſſenſiſſe non ambigo, qui duas æſtimationes faciendas eſſe ſtatuit, unam damni, alteram contumeliæ, tùm in laudata *l. item apud Labeonem* §. *ſi quis ſervo ff. de injur.* tum in *l. ſed etſi quacumque* 5. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* cujus ſenrentiam probarunr Imperatores in laudata *l. dominum, C. de injur.*

Verumtamen quoniam jus noſtrum contrariis, & pugnantibus legibus conflatum eſſe non debet, malo nimis ingenioſus in interpretando videri, quàm minus religioſus in affirmando, contraria Juriſconſultorum reſponſa Pandectarum condirores ingeſſiſſe. Tentari igitur poteſt poteſt, non diſſidere Paulum, & Ulpianum: licet enim in actione injuriarum facienda ſit æſtimatio tum contumeliæ, tum etiam damni dati in corpore ſervi, & utriuſque ratio habenda ſit à judice, laudata *l. dominum C. de injur. l. item apud Labeonem.* §. *ſi quis ſervo ff. de injur. l. ſed etſi* 5. §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.*

tamen damnum cujuſmodi eſt verè, ac ſine additamento æſtimatur, ut in actionibus rei perſequutoriis, de quibus paulò ante dictum: non verò juxta computationem Legis Aquiliæ. Itaque ſi prius agatur actione injuriarum, nec renuncietur actioni Legis Aquiliæ, & in actione Legis Aquiliæ ſit aliquid amplius, quàm in æſtimatione veri damni, quam conſequutus eſt actor priore actione, poterit agere ex Lege Aquilia, ut quod in ejus æſtimatione amplius eſt, conſequatur. Item ſi judex in æſtimationem damni non condemnaverit, agi poterit actione Legis Aquiliæ, ut integra æſtimatio damni præſtetur; tantumdem enim amplius eſt hoc caſu in actione Legis Aquiliæ, quàm in actione injuriarum, in qua damni nulla fuit habita ratio. Quod ſi prius egerit actionè Legis Aquiliæ, poſtea agens actione injuriarum, æſtimationem contumeliæ conſequetur. Nam æſtimatio contumeliæ non continetur in æſtimatione damni: idcirco hoc ipſum amplius eſt in actione injuriarum quàm in actione Legis Aquiliæ.

12 Si cui minus arrideat hæc interpretatio, dicat oportet, faciendam eſſe utriuſque tum damni, tum contumeliæ æſtimationem, & utramque peti poſſe, non ut utramque actor conſequatur, ſed ut conſtet, quæ ſit plenior, ac pinguior æſtimatio, ut in eam reus condemnetur: & ſi condemnatus fuerit in minorem ac tenuiorem, rurſus condemnetur in id, quod ſupereſt, & amplius eſt in majore, ac pleniore. *l. quoties.* §. 1. *ff. de oblig. & action.* Quod enim ſæpè traditur in jure noſtro utrâque actione nos experiri poſſe, vel poſtquam una actum fuit, alteram ſalvam remanere, non ſignificat nos quicquid utraque continetur conſequi poſſe, ſed quod in altera amplius eſt. Patet id conferendo textum *in l. 1. cum l. pen. ff. arborum furt. cæſar.* & obſervando, quod utraque lex eſt ab eodem Paulo deprompta. In *l. pen.* ait quod ſi actor egerit actione Legis Aquiliæ, ſalva remanet actio ex lege duodecim tabularum. In *l. 1.* idem ait, ita utramque dandam, ut judex ex poſteriore deducat id quod ex prima conſequutus ſit, & in reliquo condemnet. Atque ita Paulus conciliandus eſt cum Hermogeniano in *l. cum ex uno ff. de obl. & act.* Neque enim actio actionem conſumit, ſed utraque locum habet. § *ult. inſtit. tit. ſi quadr. pauper. fec. dic.* utraque poteſt in judicio exerceri: utraque poſſumus petere totum id, quod ea actione continetur: ſed ad officium judicis pertinet, judicis partes ſunt, ut ex altera deducat id, quod alterâ conſequutus eſt actor: & ſi prius pleniore actione actum fuerit, poſtea minùs plena, vel æquè plena, reum non condemnet, ſed abſolvat. *l. quoties.* §. 1. *ff. de oblig. & action. l. 1. ff. arbor. furt. cæſar.* Et hoc eſt fortaſſe, quod dixit Modeſtinus in laudata *l. plura delicta, ff. de oblig. & act.* unâ tantum nos uti debere, referendo id potius ad effectum & exitum, quàm ad poteſtatem exercendæ actionis ſecundum id, quod traditur in *l. nihil intereſt* 112. *ff. de reg. Jur.* nihil enim intereſt, quis actione non utatur, an utatur ea, quâ nihil conſequi poterit. Imò nonne fatuus erit actor, qui cùm poſſit actione pleniore agere, & uno judicio totum conſequi, malit duo judicia exercere, quibus nihilo plus conſequi poſſit, quàm uno tantùm.

CAPUT XV.

Ad eamdem L. qui ſervum 34. §. ult. ff. de obl. & act.

SUMMARIUM.

1 *Poſt actionem commodati an maneat actio Legis Aquiliæ: duplex Lectio textus.*
2 *Obtento ſimplo per unam actionem, id, quod plus eſt, per aliam obtineri non poteſt.*
3 *Exemplum concurrentium actionum à veteribus ſæpiſſimè proponitur in Lege Aquilia, & quare.*
4 *Paulus Ulpiano, & Gaſo contrarius.*
5 *Proponitur ratio eos ſimul conciliandi.*
6 *Electa actione Legis Aquiliæ tolluntur aliæ rei perſecutoriæ.*
7 *Electa actione rei perſecutoria, in ea damnum æſtimari æquum eſt, ut renuncietur actioni Legis Aquiliæ.*
8 *Exponitur textus juxta Lectionem Florentinam.*

9 Deſideratur

Deſideratur optimorum Codicum fides pro Lectione non remanere.

1 RUrſus nobis res eſt cum Paulo quoad reſponſum ejus in eadem *l. qui ſervum* 34. §. *ult. ff. de obl. & act.* cujus finem utro modo legas, in maximas difficultates incurres. Nam ſi legas, *non remanere*, pugnat Paulus cum omnibus aliis Juriſconſultis: Si vero legas *remanere*, pugnat ipſe ſecum, ſibique non conſtat, & ratio eſt contraria dicto. Verba Legis hujuſmodi ſunt: *& quidem poſt Legis Aquiliæ actionem utique commodati finietur; poſt commodati, an Aquiliæ remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius eſt, dubitatur: ſed verius eſt, remanere, quia ſimplo accedit, & ſimplo ſubducto locum non habet.* Agit hîc Paulus de commodatario qui rupit veſtimenta commodata, adverſus quem commodator habet cum actionem commodati, tum actionem legis Aquiliæ: ac de eodem agit Ulpianus in *l. Unde quæritur 7. in fin. ff. commod.*

2 Si legas *non remanere*, non potuit planiùs explicare ſententiam ſuam Paulus. Cùm enim id, quod eſt in repetitione tringinta dierum, accedat ſimplo, ſubducto ſimplo, quod conſequutus eſt actor actione commodati, amplius peti non poteſt: ſublato enim principali non ſubſiſtit acceſſorium *l. cum principalis ff. de reg. Jur.* Apparet hoc in uſuris ex mora debitis, quæ cùm ſint acceſſio ſortis, amplius peti non poſſunt, ſi reus ad ſolvendam ſortem fuerit condemnatus *l. 4. C. depoſ. l. in bona fidei 13. C. de uſur.* ac multò minus ſi ſors fuerit exſoluta. *l. qui per colluſionem 49. §. 1. ff. de action. empt.* ſive alio modo ſublata ſit actio ſortis. *l. eos in princ. C. de uſur.* Atque hoc eo certius eſt in propoſita ſpecie, quia quod amplius eſt in repetitione triginta dierum, non eſt quid diſtinctum ac ſeparatum à damno, quod actione commodati conſequutus eſt actor; ſed cum eo eſt adeo conjunctum atque connexum, ut conſtituat unum idemque damnum, licet paulo plenius ac pinguius. Nam in ũtraque actione damnum, quod paſſus eſt commodator, æſtimatur: in actione commodati æſtimatur, quanti eſt in præſens: in actione Legis Aquiliæ, quanti pluris fuit triginta diebus proximis: atque adeo eadem eſt æſtimatio damni plerumque quidem æqualis, interdum verò aliquanto major æſtimatio, quæ fit ex Lege Aquilia. Vix eſt igitur, ut poſſit id, quod pluris eſt, à toto damno ſeparari, eoque præſtito peti aut deberi. Facit ad rem optimum Labeonis reſponſum in *l. Labeo 17. ff. quem. ſervit. am.*

3 Non alia de cauſa exiſtimaverim, veteres Juriſconſultos, cùm agunt de actionibus mixtis, quæ cum aliis confligunt & colliduntur, ſæpiſſime uti exemplo actionis Legis Aquiliæ: nam in actione vi bonorum raptorum & ejuſmodi cæteris, res eſt multò expeditior, cùm in iis pœna diſtincta ſit à ſimplo. Ac ſi obligatio ex Lege Aquilia non eſſet omnino diſtincta ab obligatione commodati; utique actio Legis Aquiliæ non remaneret. *l. plura delicta verſic. nam ſi ex una ff. de oblig. & act.* aut ſi actione Legis Aquiliæ quis peteret ſolum reſiduum, quod ſupereſt, detracto damno præſenti, quod obtinuit actione commodati: hoc enim ſubducto ſimplo locum non habet, ut rectè reſpondit Paulus, quia ſimplo accedit, & cum eo ita commixtum eſt & inſitum, ut unum conſtituat.

4 Sed hac lectione admiſſa confligit Paulus cum Ulpiano *in l. unde quæritur 7. in fin. ff. commod.* & *in l. 2. §. quæſitum ff. de privat. delict.* Sed hoc minimè mirum eſſet; Paulum enim ab Ulpiano diſſenſiſſe hac in re ſupra animadvertimus. Sed in eadem ſententia videtur fuiſſe Gajus in *l. in rebus 18. §. commod. Sive autem pignus, ſive commodata res, ſive depoſita, deterior ab eo qui acceperit, facta ſit; non ſolùm iſtæ ſunt actiones de quibus loquimur, ſed etiam Legis Aquiliæ: ſed ſi qua earum actum fuerit, reliquæ tolluntur.* Nihil clarius. *Si qua earum fuerit*: nempe aut pignoratitia, aut commodati, aut depoſiti: ergo actio commodati & aliæ ſimiles rei perſequutoriæ conſumunt ac tollunt actionem Legis Aquiliæ. Idem tamen Gajus in *l. penult. ff. de vi bonor. raptor.* contrariam ſententiam amplecti videtur: hæc enim actio habet pœnam diſtinc-

tam à ſimplo, nempe à re rapta, nam triplum, quod pœna eſt, cum ſimplo non confunditur. Iniquum igitur eſſet raptorem delicti pœnam non perſolvere *l. ita vulneratus* 51. *ff. ad Leg. Aquil. l. ſi à reo* 70. §. *ult. ff. de fidejuſ. l. Stichum* 95. §. 1. *verſ. ſanè ff. de ſolut.* Hoc autem in l. Aquilia non eſt adeo expeditum, cùm in ea plerumque pœna confundatur cum ipſa re: quod non ita eſſet, ſi actori aliquod damnum extrinſecus accidiſſet, veluti ſi ob mortem ſervi legatum, vel hereditatem amiſiſſet, ut in laudata *l. ita vulneratus ff. ad Leg. Aquil.*

5 Verumtamen, ut Paulum cum Ulpiano conciliemus, dici poteſt, in noſtra *l. qui ſervum.* §. *ult.* Paulum ſolummodo quærere, an poſt commodati actionem remaneat actio Legis Aquiliæ in eo quod in repetitione triginta dierum amplius eſt: hæc enim ſunt ipſa Pauli verba. Rectiſſime autem reſpondet in hoc *non remanere*, quia ſimplo accedit, & ſimplo ſubducto locum non habet. Non poterit igitur actor poſt commodati actionem intendere, ut ſibi præſtetur, quod amplius eſt in repetitione triginta dierum: ſed agere debebit ſimpliciter actione Legis Aquiliæ, ut ſibi damnum ſarciatur, & probato damno debebit illud æſtimari, prout æſtimatur in Lege Aquilia: judex tamen ex hac æſtimatione damni deducere debebit æſtimationem quam actor obtinuit actione commodati, & in reliquum condemnare. *l.* 1. *ff. arbor furt. cæſar. l. quoties* 41. §. 1. *ff. de obl. & act.*

Quantum autem attinet ad Gajum in *l. in rebus* 18. §. 1. *ff. commod.* tentari poteſt, verba illa: *Si qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur*, referenda eſſe ad actionem Legis Aquiliæ, de qua in poſtremis verbis, quæ hæc antecedunt, egerat: quaſi dicat: ſed ſi hac actum fuerit, hoc eſt, actione Legis Aquiliæ, tolluntur aliæ, videlicet actiones depoſiti, commodati, pignoris, de quibus paulò ante egerat. Nam ſi verba illa generaliter accipiamus de quacumque actione, vel depoſiti, vel commodati, vel pignoratitia, abſurdè dicitur, quod aliæ tolluntur. Nam tollitur tantummodo una Legis Aquiliæ actio. Si depoſiti egero, tollitur ſolum Legis Aquiliæ actio: idem ſi egero commodati vel pignoratitia: actio Legis Aquiliæ cum omnibus aliis concurrit; contra verò aliæ concurrunt cum ſola Legis Aquiliæ actione: ideoque actio Legis Aquiliæ tollit omnes alias; aliæ verò non poſſunt tollere niſi unam Legis Aquiliæ actionem. Igitur Gaji ſenſus eſt, quod cum actione depoſiti, cum actione commodati, cum actione pignoratitia concurrit etiam actio Legis Aquiliæ, ita tamen ut ſi hac actum fuerit, illæ tollantur.

Quod ſi cui nimis violenta videatur hæc 6 interpretatio, dici poteſt, quod ſi una actum fuerit, aliæ tolluntur quoad rei perſecutionem, non quoad damnum, ut indicatur in *l. ſed actione* 50. *in fin. ff. pro ſoc.* quia utraque actio ad rei perſecutionem reſpicit. Res igitur ita habet. Si actor prius egerit actione Legis Aquiliæ, tolluntur aliæ rei perſequutoriæ, quia rem ipſam conſequutus eſt, nec bona fides patitur, ut eamdem rem bis exigat. *l. nemo exhib.* 43. §. 1. *ff. de reg. jur.* ſi verò noluerit agere actione Legis Aquiliæ, ſed elegerit actionem rei perſequutoriam, vel quia actio Legis Aquiliæ pinguior non ſit, ut plerumque accidit, vel quia non poſſit probare damnum injuriâ datum ab ipſo reo, ut requiritur in actione Legis Aquiliæ, *toto tit. inſtit. de Lege Aquilia*: vel quia plus diſpendii habitura ſit hæc probatio quàm compendii actio ipſa: tunc electa actione perſequutoria, ſi petat in eadamnum æſtimari, æquum eſt, ut renunciet actioni Legis Aquiliæ, idque officio judicis continetur. 7 *l. ſi à domino* 36. §. *ſi poſſeſſor ff. de petit. heredit. l. non ſolum* 13. *cum l. ſeq. ff. de rei vindicat. l. ſi merces* 25. §. *ipſe quoque ff. locat. l. unde quæritur.* 7. §. 1. *verſic. nam etſi adverſus ff. commod.* Quod ſi adverſarius id non petat, aut ipſe adverſario petente nolit cavere, ſe non uſurum actione Legis Aquiliæ, poterit ad hanc confugere, ita tamen ut ea agendo hoc minus conſequatur, quam conſequutus eſt actione perſequutoria ut rectè traditur ab Ulpiano in laudata *l. unde quæritur in fine ff. commod.*

Digitized by Google

Tollitur igitur actio Legis Aquiliæ per actionem rei perſequutoriam non ipſo jure, ſed ope cautionis ab actore præſtandæ, quam utique ſubterfugere non debet actor, cùm etiam ejus interſit, unico judicio rem terminare, maximè quia poteſt eligere actionem Legis Aquiliæ, ſi putet eam ſibi magis expedire. Et hâc ratione non ſemel traditum eſt, eum unâ actione contentum eſſe debere, ut in *l. ſed etſi* 18. *ff. ad Leg. Aquil.* in *l. ſi vulneraveris* 45. *ff. locat.* in *l. ſed actione* 50. *ff. pro ſoc.* idque officio judicis contineri. *d. l. ſi vulneraveris.*

8 Atque hæc dicta ſint pro ſententia eorum qui legendum putant *non remanere*. Quod ſi legendum ſit *remanere*, ut in Pandectis Florentinis & optimis aliis exemplaribus legitur, videtur Paulus ipſe ſecum pugnare, & ratio eſſe contraria dicto: nam ſi ſubducto ſimplo locum non habet Legis Aquiliæ actio, & ſimplum jam ſubductum fuit per actionem commodati, ſequitur, ut Legis Aquiliæ actio locum non habeat, adeoque non remaneat poſt actionem commodati. Quod ſi cum doctiſſimo Cujacio alteram negationem detrahamus, *& ſimplo ſubducto locum habet*: nihilominus ſibi non conſtat Paulus: nam ſi quod amplius eſt in repetitione triginta dierum accedit ſimplo, conſequens eſt, ut eo ſubducto locum non habeat id, quod accedit, ſecundum vulgatam regulam traditam in *l. cum principalis* 178. *ff. de reg. jur. in c. acceſſorium de reg. jur. in* 6.

Vix defendi poteſt, retentâ eâ lectione, Pauli ſententia, niſi verba illa *ſimplo ſubducto* aliter atque hactenus accepta fuerunt, interpretemur. Cogitandum eſt ac perpendendum, an illa verba non, *detracto demptoque ſimplo* ſignificent, ſed *ſimplo computato connumeratoque*. Subducere eſt computare, numerare, ſummam colligere, ſeu addendo, deducendoque videre, quæ ſumma fiat. Cic. *Lib.* 1. *epiſt. ad Lentul. Rationibuſque ſubductis ſummam feci cogitationum mearum.* Donatus ad illud Terentii *in Adelph. Nunquam ita quiſquam benè ſubducta ratione ad vitam fuit*, &c. ita recte explicat. *Ducere eſt digitis computare. Sed ducere eſt apud alium & palam: ſubducere apud ſe ipſum, & ſecreto: quo magis in verbo iſto majoris attentionis, & diligentiæ ſignum eſt.* Cic. 2. *de Finibus. Quid fortes viri? voluptatumne calculis ſubductis prælium ineunt, ſanguinem pro patria profundunt?* Eleganter Catull. in *Nupt. Juliæ & Manlii*:

Ille pulvis Erythrei
Siderumque micantium
Subducat numerum prius,
Qui veſtri numerare vult
Multa millia luſus.

Cic. ad *Atticum lib.* 5. *ep.* 21. *Adſidunt, ſubducunt, ad nummum convenit.* Admiſſâ hâc interpretatione omnia rectè procedunt. Quærit in ea Lege Paulus, an poſt commodati actionem, Legis Aquiliæ actio remaneat in eo quod in repetitione triginta dierum amplius eſt: & ait remanere, quia hoc ſimplo accedit. Licèt actor ſimplum jam fuerit conſequutus actione commodati, tamen hoc quod ſimplo accedit, conſequutus non eſt. Cùm autem ſimplum ſit totum id, quod actori abeſt, nec pœnam ullam comprehendat; id verò quod ſimplo accedit totum pœna ſit; & æquitas, & ratio ſuadet, hoc etiam actorem conſequi debere *l. ſi à reo* 70. *§. ult. ff. de fidejuſ.* ne maleficium maneat impunitum *l. Stichum* 95. *§.* 1. *verſ. ſane ff. de ſolut.* Eadem pariter æquitas & ratio ſuadet id ipſum à reo perſolvi debere, cùm ſit abſurdum, neminem delicti pœnam ſubire, & legem, quæ pœnam impoſuit, eludi. *l. ita vulneratus* 51. *§. verſ. quod ſi quis ff. ad Leg. Aquil.*

Verum quia actio, quam tribuit actori damnum paſſo Lex Aquilia, comprehendit tam ſimplum quàm id quod ipſi accedit actor, qui ſimplum jam conſequutus eſt, hac actione ita uti debet, ut non utrumque exigere, & conſequi velit, ſed tantummodo id, quod ſimplo accedit, cùm ſimplum jam per aliam actionem ſit conſequutus. Nam bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *l. bona fides* 57. *ff. de reg. jur.* Quapropter ſi velit actor comp tate etiam

ſimplum, atque illud rurſus exigere, non habet locum hæc actio: quoties enim duæ concurrunt actiones ejuſmodi rei nomine, una quis experiri debet. *l. nemo ex his* 43. §. 1. *ff. eod.* Quoad ſimplum autem ambæ concurrunt ad eamdem rem tam actio commodati quàm Legis Aquiliæ, & ideo una tantum experiri debet, & cùm expertus jam ſit actione commodati, altera locum non habet, cùm nihil ei abſit *l.* 2. §. 1. *in fin. ff. de tutel. & rat. diſt. l. plura* 53. *in princ. verſ. nam ſi ex una ff. de oblig. & act.* Igitur computato & connumerato ſimplo, locum non habet actio Legis Aquiliæ, inſpecto ſcilicet effectu, cùm ad ipſum exigendum inanis ſit, & omnino inutilis. Atque ita planiſſimè apertiſſimeque videntur explicari poſſe illa verba: *ſimplo ſubducto locum non habet.* Libentius tamen legerem *non remane-*
9 *re*, ſi optimorum Codicum auctoritate niteretur: ſic enim expedita eſſet & perfacile currens oratio, & à mente Pauli non abhorrens ſententia, qui in concurſu actionum ab Ulpiano diſſenſiſſe videtur.

CAPUT XVI.

Ad L. jam hoc jure 4. §. *ſed ſi alter ff. de vulg. & pupill.*

SUMMARIUM.

1 *Proponitur regula & occaſio de ea differendi.*
2 *Fundamentum regulæ ſumptum ex Conſtitutionibus de ſubſtitutione reciproca imparibus facta, quæ in eum tantùm caſum facta cenſetur, in quem utriſque ſubſtitui poterat. & n.* 3. 4.
5 *In teſtamento militis inducitur ſubſtitutio in utrumque caſum, ſi conſtet de ejus voluntate; ſi ſecus, ſola vulgaris.*
6 *Filio naturali in pupillari ætate decedenti non ſuccedit filius legitimus ei per reciprocam ſubſtitutus.*
7 *Partem quam quis obtinuit in inſtitutione, eamdem obtinet in ſubſtitutione. Explicatur l. ſervus* 67. §. 1. *ff. de leg.* 1.
8 *Legato dulcium non continentur eſculenta, ſi teſtator utatur verbis quæ determinent ſolas potiones.*
9 *Limitatio adjecta ad unam ſpeciem legatam ad alteras quoque porrigitur.*
10 *Reſpondetur contrariis & n.* 11. 12.

EST omnium ſermonibus celebratum cum in circulis & ſuggeſtis, tum in foro illud effatum: *verbum plura determinans, cuncta pariter, æqualiterque determinat*: ſeu, ut vulgo aïunt; *determinatio reſpiciens plura determinabilia, ea pariformiter determinat.* Veriſſimum id profecto eſt, ſed tamen multi eo abutuntur, & quandoque accommodant ad voluntatem & diſpoſitionem, cui convenire non poteſt. Idcirco accuratè hac de re à nobis eſt differendum. Ac primum hujus regulæ veritatem perſpicuè demonſtrabi- 1
mus: deinceps, quando ea ſit adhibenda, dicemus.

Fundamentum hujus regulæ firmiſſimum 2
eſt in *l. jam hoc jure* 4. §. *ſed ſi alter ff. de vulgar. & pupill.* In principio ejus legis ait Modeſtinus: *Jam hoc jure utimur ex divi Marci & Veri conſtitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur*: ſubdit deinceps, *quòd ſi pater duos filios impuberes hæredes inſtituat, eoſque invicem ſubſtituat, in utrumque caſum factam fuiſſe reciprocam ſubſtitutionem, D. Pium conſtituiſſe.* En! Imperatorum conſtitutionibus confirmatum, quod ſubſtitutio impuberi facta, ſive ſimpliciter, ſive expreſsè in unum caſum, in utrumque caſum facta cenſeatur. Nihilominus tamen, ſi teſtator habeat duos filios, alterum puberem, alterum impuberem, eoſque hæredes inſtituat, & invicem ſubſtituat, in vulgarem tantummodo caſum factam videri ſubſtitutionem Severus & Antoninus conſtituerunt, ut refert Modeſtinus in noſtro §. *ſed ſi alter*; cujus conſtitutionis rationem affert: *incongruens enim videbatur, ut in altero duplex eſſet ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris.* Verbum *ſubſtituo* licèt in impubere utramque ſubſtitutionem inducat, & ex propria verbi ſignificatione, quia verbum commune eſt utrique ſubſtitutioni congruens, & ex conſtitutionibus Imperatorum: tamen cùm in pubere non poſſit inducere ſubſtitutionem pupillarem, quia ejus incapax eſt; nec eam inducit in impubere, licèt ejus capax ſit. Quo efficitur, quòd idem verbum eodem

modo determinat tam puberis, quàm impuberis ſubſtitutionem.

3 Idem confirmat Imperator Alexander in *l.* 4. *C. de impub. & al. ſubſtit.* ubi conſtituit, quod licèt verba: *Si hæres non erit.* in impubere comprehendant, etiam pupillarem ſubſtitutionem, tamen ſi pater filio ſuo impuberi, & uxori ſuæ hæredibus inſtitutis Publium ſubſtituerit, *ſi hæredes non erunt*, in eum tantùm caſum factam ſubſtitutionem, quo utrique ſubſtitui poteſt, videlicèt in vulgarem. Neque id ipſe de novo conſtituit: ſed reſpondet, id eſſe manifeſtum: nempe quia verba illa, *ſi hæredes non erunt*, quæ ad utrumque referuntur, non poſſunt in uno ſolam vulgarem, in altero utramque ſubſtitutionem inducere. Idem Alexander in *l. in teſtamento* 6. *in princ. C. de teſtam. milit.* ait, id & ſententiis prudentium virorum, & divorum parentum ſuorum conſtitutionibus placere.

4 Id autem Severus & Antoninus conſtituerunt in *l.* 2. *C. de impub. & al. ſubſtit.* Ibi: *propter eorum perſonam, quibus in unum caſum dumtaxat ſubſtitui poteſt, etiam in filio idem ſervari debere, & ratio ſuadet, & divus Marcus conſtituit.* Ratio ſuadet, ne eadem determinatio plura inæqualiter, & non eodem modo determinet, quod rationi omnino repugnat.

5 Sed magis dilucidè perſpicueque probat, quod volumus, Alexandri reſponſum in laudata *leg. in teſtamento in fin. C. de teſt. militis.* Miles poteſt verbis civilibus, hoc eſt, directè ſubſtituere in ſecundum caſum etiam ei, qui pubes eſt *l. centurio* 15. *ff. de vulg. & pupill. l.* 5. *& l. miles* 41. *ff. de milit. teſtam.* Si hæc ſubſtitutio fiat à Pagano, eſt omnino inutilis, nam ſubſtitutus nullo jure admittitur, neque ut ſubſtitutus, neque ut fideicommiſſarius, neque ut cohæres *l. verbis civilibus* 7. *ff. de vulg. & pupill. l. in pupillari* 14. *ff. eod.* ſi fiat à milite, valet, ſed ſubſtitutus capiet tantummodo bona militis cum fructibus inventis in hæreditate, non autem bona propria ejus, cui ſubſtitutus eſt: *d. l. centurio.* Igitur miles habens filiam parvulam, ſimul cum Titio eam hæredem inſtituit, eoſque invicem ſubſtituit. Filia poſt aditam hæreditatem in pupillari ætate deceſſit. Mater defunctæ ad inteſtatæ filiæ ſucceſſionem pervenire contendebat. Titius frater militis, à quo fuerat ſubſtitutus, ex ſubſtitutione petebat hæreditatem. Videbatur eam jure petere, quia militibus licèt etiam extraneis, poſtquam hæredes extiterunt, ſubſtituere *d. l. in teſtamento in fin.* & *d. l. miles* 41. *in princ. ff. de teſtam. milit.* Reſpondit tamen Alexander Imperator, quod Titius ex ſubſtitutione non poteſt admitti, niſi probaverit eam fuiſſe fratris ſui militis voluntatem. Quid ita? quia ſicut fratre Teſtatoris adeunte ſtatim expirat ejus ſubſtitutio jure communi *l.* 3. *C. de hæred. inſt. l. poſt aditam C. de imp. & al. ſubſt.* ita debet expirare altera ſubſtitutio facta filiæ, ea adeunte. Cùm enim non poſſit eſſe niſi vulgaris in Fratre, in Filia quoque vulgaris eſſe debet, ne diverſa ſit & diſſimilis determinatio. Poteſt quidem Miles jure ſpeciali & ex privilegio utrique in ſecundum caſum ſubſtituere, ut diximus; ſed ſubſtitutus probare debet, hoc voluiſſe Teſtatorem, ut in hac *l. in teſtamento in fin.* & in *l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis ſubſt.* Ibi: *vel expreſſa, vel compendio*, &c. Quod autem ad rem noſtram attinet, utroque caſu eadem eſt tam in filia, quàm in extraneo determinatio: ſi conſtet de voluntate militis, duplex inducitur in utroque ſubſtitutio; ſin ſecus, in utroque ſola vulgaris.

Eodem pertinet Pauli reſponſum in *l. Lucius Titius* 43. *ff. de vulg. & pupill.* Lucius Titius duos filios habebat, alterum legitimum, alterum naturalem; utrumque hæredem inſtituit, & invicem ſubſtituit. Filius legitimus intra pubertatem deceſſit, alter filius naturalis ex pupillari ſubſtitutione petebat hæreditatem: mater defuncti filii eamdem petebat ab inteſtato. Admittitur mater, excluditur naturalis filius: deficit enim pupillaris ſubſtitutio, quia verbum *ſubſtituo* ſolam vulgarem continet, cùm pater filio naturali non poſſet pupillariter ſubſtituere, quia eum non habebat in poteſtate *l.* 2. *in princ. ff. de vulg.* Quamobrem in utroque 6

ſubſtitutio vulgaris tantummodo eſt, ne eadem verba in altero duplicem, in altero unicam tantùm ſubſtitutionem comprehendant, & diverſo modo pro diverſitate perſonarum accipiantur.

7 Jam verò tranſeamus ad alia. Si quis plures hæredes inſtituerit, diſtributis inter eos partibus hæreditatis, eoſque invicem ſubſtituerit, eadem diſtributio partium æqualiter determinat tam inſtitutionem, quàm ſubſtitutionem: & quam quiſque partem obtinuit in inſtitutione, eamdem obtinet in ſubſtitutione *l. ſi in teſtamento* 5. *l. liberis* 8. *in fin.* cum *l. ſeq. l. ſi plures* 24. *l. qui complures* 32. *ff. de vulg. & pupill. l.* 1. *C. de impub. & al. ſubſtit.*

Sed videtur contrarium à Cajo definitum in *l. ſervus* 67. §. 1. *ff. de leg.* 1. ſi ex pluribus hæredibus ex diſparibus partibus inſtitutis duobus eadem res legata ſit, hæredes non pro hæreditaria portione, ſed pro virili legatum habere debent.

Facilis eſt & prompta reſponſio. Determinatio, quæ ſpectat ad inſtitutionem, & ſubſtitutionem, non ſpectat eadem ad legata, & fideicommiſſa: nam hæc ſeparatim ac ſeorſum ab inſtitutione & ſubſtitutione relinquuntur, & in ſeparata oratione; ac propterea propriam habent determinationem, à qua determinantur, longè diverſam à determinatione, quæ determinat inſtitutionem. Quapropter ſi teſtator in dando legato partes non diſtribuit, æquales partes habebunt; nullis enim partibus nominatis, æquales partes datæ cenſentur §. *ſi plures inſtit. tit. de hæredit. inſtit. l. unic.* §. *ſin autem disjunctim C. de caduc. toll.* neque enim legatum capiunt jure hæreditario, adeo ut pro portionibus hæreditariis dividi inter eos debeat. Sanè partes, quas jure hæreditario obtinent, pro portione hæreditaria conſequuntur. Cùm enim legatum à ſemetipſo inutiliter hæredi relinquatur *l. & quidem* 18. *ff. de leg.* 1. legatum relictum hæredi pro ipſius parte non conſiſtit, quia eam capit ac poſſidet jure hæreditario, non jure legati *l. eum qui* 18. §. *ult. ff. de his quæ ut indign.* jus enim hæreditarium, cùm ſit multò potentius, abſorbet jus legati. Hanc igitur partem, quam jure hæreditario capit, pro portione hæreditaria retinet, & poſſidet: reliquam verò partem, quam à cohærede conſequitur, non poteſt conſequi, niſi pro virili, quia jure legati obtinet, quod à teſtatore ſine partibus relictum fuit: non verò jure hæreditario: & illud obtinet tamquam legatarius, non tamquam hæres: argumento eſt, quod etiamſi non adeat hæreditatem, tamen legatum conſequitur *l. qui filiabus* 17. §. *ult. ff. de leg.* 1. aut ſi ei tamquam indigno hæreditas auferatur *l. eum qui* §. *ult. ff. de his quæ ut indign.* Imò plus capit jure legati, ſi hæres non fuerit, quàm ſi hæreditatem conſequutus fuiſſet: nam integrum legatum obtinet, non ſolam partem, quam caperet à cohærede *d. l. eum qui* 18. *in fin.*

Ad rem noſtram redeamus. Optimè facit nobiſcum ſententia Labeonis à Proculo comprobata *in l. ult. ff. de tritic. vin. & ol. leg.* ſi alicui legata fuerint dulcia, non ſolùm dulces potiones legato continentur, ſed etiam eſculenta *d. l. ult.* § *penult.* at ſi legatum ſit vinum amphorarium, Aminæum, Græcum, & dulcia omnia, nihil inter dulcia, niſi quod potionis eſt, legato continetur. *d. l. ult.* §. *ult.* Nam verbum illud *Vinum* ſicut determinat Aminæum, Græcum, ita pariter determinat alia dulcia, eaque reſtringit ad dulces potiones, cujuſmodi ſunt vina nominata: videlicet œnomeli, paſſum, acinaticium, mulſum etiam, & hydromeli, & defrutum verbis illis, *dulcia omnia*, contineri puto: quia licèt quædam ex his vini nomine propriè non contineantur, tamen ex uſu patrisfam. plerumque vini numero habentur, & ſunt potiones dulces, quæ ad vini naturam proximè accedunt *l. ſi quis vinum* 9. *in princ. ff. eod.* Illud maximè notandum, quod prævalet præſumptio ejuſdem determinationis verbo univerſali *omnia*, quod ex ſui propria ſignificatione etiam eſculenta comprehenderet. 8

Non abſimile eſt, quod à Paulo traditur in *l. nam quod liquida* 4. §. *ult. ff. de pen. leg. ſi ita ſcriptum ſit, omnem penum præter* 9

vinum, quod Romæ erit: Sola penus, quæ Romæ eſt, legata videtur. Adjectio illa, *quod Romæ erit*, non ſolùm determinat vinum, ſed etiam penum, non refragante verbo univerſali *omnem*. Et quod magis eſt, adjectum illud *quod*, non videtur ad penum referri poſſe, quam Paulus hîc fœminini generis fecit, licèt Pomponius in *l. 2. ff. de trit. vin. & ol. leg.* in neutro genere protulerit, exemplo Terentii & Columellæ & aliorum veterum Auctorum.

10 Sed jam quid contra opponi poſſit, expendamus. Ac primùm opponi poteſt Papiniani reſponſum in *l. cohæredi 41. §. qui diſcretas ff. de vulgar. Qui diſcretas portiones conjunctis pluribus ſeparatim dedit, ac poſt omnem inſtitutionis ordinem ita ſcripſit: quos hæredes meos invicem ſubſtituo: conjunctos primo loco vice mutuâ ſubſtituere videtur, quibus inſtitutionum partes non agnoſcentibus, cæteros omnes cohæredes admitti.*

Reſp. imò ex hac lege conſtare, quod verbum *ſubſtituo* omnes æquè determinat, cùm omnes ad ſubſtitutionem vocet. Quod autem conjuncti præferantur disjunctis, id efficit voluntas teſtatoris, quæ perſpicuè apparet ex conjunctione & diſcretione partium, quæ eos à disjunctis omnino ſejungit ac ſeparat. Finge, teſtator ita ſcripſit. Titius & Caïus ex dodrante hæredes ſunto: Mævius & Sempronius ex quadrante. Titius & Caïus unius perſonæ vice funguntur *l. planè 34. in princ. ff. de leg. 1.* item Mævius & Sempronius: & in unum corpus redacti ſunt, & partem conjunctorum quaſi ſuam præoccupant, ut rectè ait Imperator noſter in *l. unic. §. his ita definitis 10. verſ. ſin vero quidam, C. de cad. tollend.* Idcirco conjuncti in inſtitutione non majorem partem omnes ſimul conſequuntur, quàm unus tantùm, quia unius vice funguntur *l. Attius 11. l. interdum 13. in princ. l. Julianus 15. in princ. ff. de hæred. inſt.* Ex quibus efficitur, Titium & Caïum conjunctos, tamquam unum quiddam ſeparatum à Mævio & Sempronio, qui alterum corpus conſtituunt, in ſubſtitutione his præferri, ſicut hi præferuntur illis, ſi unus ex his deficiat. Quare deficiente Titio, Caïus admittitur: deficiente Mævio, Sempronius: utroque autem deficiente, cæteri omnes.

Opponitur etiam Papiniani reſponſum in 11
l. mulieri & Titio 72. ff. de condit. & dem. ſed hoc potiùs confirmat regulam noſtram, quàm eam deſtruat. Etenim conditio illa, *ſi non nupſerit*, determinat legatum tam quoad mulierem, cui cohæret, quàm quoad Titium, & in utriuſque perſona legatum eſt conditionale: & ideo Titius dicitur defectus conditione, *ſi mulier nupſerit.* Verumtamen cùm hæc conditio à lege remittatur *l. ſervo 65. §. 1. ff. ad S. C. Trebell. l. filia quæ 28. in princ. l. ſed ſi hoc 8. §. ult. l. cum tale 72. §. ſi arbitratu l. Titia 99. ff. de cond. & dem.* quaſi pro impleta habetur, & uterque legatum conſequitur, etiam ſi mulier nupſerit, non tamen in omnibus pro impleta habetur. Nam ſingulariter hoc caſu non datur jus accreſcendi, & quidem ſummâ ratione, quam ibi affert Papinianus. Rectiùs opponeretur *l. ult. §. Sejo. ff. de leg. 2.* ſed neque illa hanc ſententiam labefactat: nam ibi conditio erat adjecta Sejo, non uxori; itaque determinatio non utramque perſonam reſpiciebat, ſed ſolam perſonam Seji: adeoque ſolummodo determinabat legatum in perſona Seji, non in perſona uxoris, quam non reſpiciebat.

Opponitur à pleriſque Juliani deciſio in 12
l. ſi ita ſcriptum 16. ff. de man. teſtam. Quidam ita legavit: cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber eſto, eique hæres meus fundum dato. Titius mortuus eſt, antequam perveniret ad trigeſimum annum: ait Julianus, quod nihilominus Sticho libertas competit; legatum tamen non debetur.

Quidam reſpondent, id ita conſtitutum, quia militat diverſa ratio in libertate & in legato. Alii, quod ibi expreſſa Legis diſpoſitione à regula receditur. Verane, an falſa ſint hæc, modò non diſputo: expendam accuratiùs in proxima. Hoc tantùm dico, fruſtra nos perveſtigare rationem, cùm ipſam Julianus exponat in laudata Lege: ait enim: *Nam favore libertatis receptum eſt, ut mortuo Titio tempus ſupereſſe videatur, quo in-*

Digitized by Google

pleto libertas contingeret : circa legatum deficiſſe conditio viſa eſt. Rectè, & ſecundùm præcepta juris. Si moritur ille, in cujus perſona impleri debet conditio, legatum non debetur deficiente conditione : veluti ſi legatum ſit Titio, ſi Sejam uxorem duxerit : ſi decem Caïo dederit : ſi ſervum manumiſerit, & Seja mortua ſit, antequam nuberet, mortuus Caïus, antequam decem acciperet, ſervus occiſus, antequam manumitteretur *l. in teſtamento* 31. *in princ. ff. de cond. & dem. l. legatum C. de condit. inſert. l. cùm ita datur* 94. *verſ. diverſa l. pen. ff. de cond. & dem. l. ſi peculium* 20. §. *is cui ff. de ſtatu lib. l. inde Neratius* §. *idem ff. ad Leg. Aquil.* Contra in libertate *d. l. ſi peculium* 20. §. *is cui ff. de ſtatu lib.* ubi rectè ad rem noſtram notat Paulus, quod libertatem ſervus conſequitur conſtituto potius jure, quàm ex teſtamento : & confirmat Hermogenianus in *d. l. cum ita datur* 94. Ambo autem explicant Juliani ſententiam expreſſum in noſtra Lege. Igitur ita jus eſt : quotieſcumque per ſervum non ſtetit, quominus conditionem impleret, ea à jure pro impleta habetur *d. l. ſi peculium.* Et ideo ait Paulus, & Hermog. conſtituto jure libertatem competere. Determinatio igitur teſtatoris utrumque legatum æquè determinaret, niſi Lex ſe interponeret, & pro impleta haberet conditionem quoad libertatem, non quoad legatum.

Simile eſt, quod traditur in *l. ſi Titio & ei* 7. *ff. de leg.* 2. nam incapax à Lege capere prohibetur : Non poteſt autem teſtator facere, ne Leges in teſtamento ſuo locum habeant, etiamſi hoc expreſſè diſponeret *l. nemo ff. de leg.* 1. Sed de his uberiùs in proxima.

CAPUT XVII.

Ad eamdem L.

SUMMARIUM.

1 Ejus regulæ abuſus.
2 Confunditur cum altera regula, quòd verba ambigua interpretanda ſunt ſecundùm uſum teſtatoris.
3 Hæc expreſſa eſt in jure : noſtra verò deducitur per inductionem, nec pretendenda ultra terminos à Lege præſcriptos.
4 Conditiones propriè ad hanc regulam non pertinent.
5 Regula non ceſſat, quando in utroque determinabili non eadem eſt ratio.
6 Et potentior eſt alterâ, quod verba accipienda ſunt ſecundùm propriam ſignificationem.
7 Regula eſt graviſſima, nec leviter ab ea recedendum.
8 Rejicitur ſententia putantium ab hac regula recedi facilè poſſe ex conjectura voluntatis & n. 9.
10 Expenditur altera limitatio regulæ, ſcilicèt quando eâ admiſſa ſequeretur correctio Legis.
11 Ubi Lex ſe interponit, regula noſtra locum non habet.

NOn pauci ſuperiore regulâ abutuntur. Nam aut ejus limites, quibus ipſa continetur, longiſſimè proferunt, aut ipſam excogitatis pluribus limitationibus in anguſtiſſimum locum coërcent, atque concludunt.
Primùm enim quidam, ubi verbum aliquod 1
in teſtamento pluries uſurpatum invenerint, in diverſis ac ſeparatis diſpoſitionibus, hanc regulam ipſis perperàm accommodant, licèt non ſit unica atque eadem determinatio, ſed plures inter ſe diverſæ, atque disjunctæ. Confundunt illi duas regulas inter ſe valde diſſimiles, & in unam cogunt, qui juris ſcientiam minùs accuratè cogitatèque pertractant. Altera eſt, quod verba ambigua 2
interpretanda ſunt ſecundùm uſum teſtatoris: adeoque ſi pluries in teſtamento fuerit uſus in ſeparatis etiam orationibus eodem verbo, illud accipiendum eſt in ea ſignificatione, in qua conſtat illud accepiſſe teſtatorem in alia parte teſtamenti *l. ſi ſervus plurium* 50. §. *ult. l. qui filiabus* 17. *ff. de leg.* 1. *l. heredes palam* 21. §. 1. *ff. qui teſt. fac. l. cùm de lanionis* 18. §. *item caccabos verſic. optimum, ff. de inſtruct. vel inſtr. l. ſi quis vinum* 9. *ff. de trit. vin. & ol. leg.* Et hæc regula eſt expreſſa in jure noſtro multis in legibus, de qua ſeparatim Deo dante differemus.

Altera eſt ea, de qua nunc agimus, quod 3
determinatio reſpiciens plura determinabilia, ea æqualiter determinat. Et hæc in jure noſtro non eſt expreſſa, ſed apertè deducitur

citur ex *l. jam hoc jure* 4. *ff. de vulgar. & pupill.* & aliis ſupra allegatis. Cùm igitur hæc à lege per inductionem deducatur, non poſſumus eam protendere ultra terminos, quos leges ipſi præſcripſerunt, in quibus tacitè continetur. Leges autem, ex quibus deducitur, omnes agunt de una, eademque determinatione plura determinante, quæ in eadem oratione continentur: ut facile intelliget, quicumque leges, quas in ſuperiore ad fundandam hanc regulam adduximus, expendet: & conſtat ex *l. ſervus* 67. §. 1. *ff. de leg.* 1. quam ibi luculenter explicavimus. Idem probat optimè text. in *l. ſervo* 47. *ff. de cond. & dem. Servo libertatem ita dedit: ille, ſi meus erit, liber eſto: legatum, vel hæreditatem ſine conditione ei dedit; deinde eum alienavit, debebitur domino ejus legatum, vel hæreditas.* Determinatio illa *ſi meus erit* ſolùm determinat dationem libertatis, non legatum aut hæreditatem. Idem quoque confirmat Julianus in *l. qui filio* §. *ſi quis ſervum* §. *de hæred. inſtit. Si quis ſervum ſuum liberum ſub conditione, hæredem purè ſcripſiſſet, eumque vendidiſſet pendente conditione, juſſu emptoris ſervus adire hæreditatem poteſt, quia & conſtitit inſtitutio, & eſt, qui jus imperandi habet.* Sub conditione datur libertas, pure hæreditas, aut cùm hæreditas datur in diverſa oratione non adjecta conditione, quæ appoſita fuit in legato libertatis: vel cùm nominatim adjecta eſt libertati, ut in *l.* 3. §. 1. *ff. eod.* quo caſu expectatur eventus conditionis, quia cùm ſervus manſerit in dominio teſtatoris, non poteſt ſine libertate inſtitutio ſubſiſtere *princ. tit. inſtit. de hæred. inſtit.* Mutaveritne, an perverterit hoc Juſtinianus in *l. ult. C. de neceſſ. ſerv. hæred. inſt.* docti judicent.

4 Verumtamen ut ingenuè fatear, quod ſentio, conditiones verè ac propriè non pertinent ad noſtram regulam determinationis æque omnia determinantis. Conditio enim verè nihil determinat, nihil diſponit, ſed coërcet & ſuſpendit diſpoſitionem, cui adjicitur, eamque moderatur, ac reſtringit *l.* 1. §. *item ſi* 8. *in fin. verſic. idemque erit ff. ad l. Falcid. l. obligationum* 45. §. *penult. ff. de oblig. & act. l. ſi quis ſub conditione* 8. *ff. ſi quis om. cauſ. teſtam.* Itaque limitat & ſuſpendit ſolùm eam diſpoſitionem, cui fuit adjecta, & reſpicit ſolummodo perſonam, in quam fuit collata, ſive agatur de perſona honorata, ut in *l. ult.* §. *ſuo ff. de leg.* 2. *l. ſi quis ita ſcripſerit* 33. *l. qui filio* 38. § *ſi quis ſervum ff. de hæred. inſtit.* ſive de perſona, in qua impleri debet conditio, ut in *l. ſub diverſis in fin. in l. cùm ita* 93. *in princ. l. qui hæredi* 44. *in princ. & in* §§. *ſeqq. ff. de cond. & dem.* Hinc commune eſt illud interpretum noſtrorum effatum: *conditio implenda eſt in forma ſpecifica, & non poteſt impleri per æquipollens.* Non extenditur igitur conditio, nec complectitur diſpoſitionem, cui adjecta non eſt, nec caſum, qui nominatim non fuit expreſſus, niſi id exigat voluntas teſtatoris, quæ ſola in conditionibus dominatur *l. in conditionibus* 19. *ff. eod.* ut evenit in *l. mulier* 22. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. ſi ita* 15. *ff. qu. dies leg. ced. l.* 3. *C. de inſtit. & ſubſt.* Tunc igitur obtinet regula noſtra, cùm teſtator iiſdem verbis plura complectitur, quæ & eodem modo, atque etiam diverſo poſſunt determinari, abſque eo quod à propria verborum ſignificatione recedatur: hoc enim caſu omnino dicendum eſt, cuncta pariter æqualiterque determinari. Nam ſi teſtator noluiſſet de illis eodem modo diſponere, ſeparatim de ſingulis diſpoſuiſſet, nec iiſdem verbis in ſingulis fuiſſet uſus; quod facere debere præcipitur, ſi velit diſſimiliter diſponere, in *l. jam hoc jure* 4. §. *ult. verſ. hoc itaque caſu ff. de vulg.* ubi notanda ſunt illa verba: *Sed ſi alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, eoſque invicem ſubſtituo,* &c. Commune verbum appellat, quia verbum *ſubſtituo* commune eſt tam ſubſtitutioni vulgari, quàm pupillari. Neceſſe eſt igitur, ut verba, quibus utitur teſtator, ejuſmodi ſint, ut utrumque ſignificent, & comprehendant, ut modo dicebamus.

Hactenus de illis, qui hujus regulæ terminos longiùs, quàm par ſit, proferunt: 5 nunc de illis, qui eam ita limitant ac reſtringunt, ut ipſam anguſtiſſimis terminis

Digitized by Google

circumſcribant. Quidam enim aiunt hanc regulam ceſſare, cùm in utroque determinabili non eadem eſt ratio. Qua ſententia penè evertitur hæc regula: nihil enim facilius quàm aliquam rationis diverſitatem ſubtiliter excogitare ad regulam excludendam. Hæc limitatio, meâ quidem ſententia, adeo falſa eſt, ut nihil ſuprà. Eſt enim legibus apertè contraria. In *l.* 4. §. *ſed ſi alter ff. de vulg. & pupill.* Modeſtinus ait: *ſed ſi alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, eoſque invicem ſubſtituo, ſibi fuerint ſubſtituti, in vulgarem tantummodo caſum factam videri ſubſtitutionem Severus, & Antoninus conſtituit.* In hac lege quæ major poteſt excogitari rationis diverſitas, ſive conſideremus ipſam diſpoſitionem, ſive perſonas, in quas confertur diſpoſitio? ſi primùm, quid tam diverſum, quàm ſubſtitutio vulgaris, & pupillaris? illa fit in caſum, quo inſtitutus *hæres non erit*: hæc in caſum, quo *hæres erit. princ. tit. inſt. de vulg. ſubſt. & princ. tit. de pupill. ſubſt.* ſunt hæc non ſolùm diverſa, ſed omnino contraria. Si ſecundùm, quid tam diverſum, tam diſcrepans in jure noſtro, quam pubes, & impubes? Pubes poteſt condere teſtamentum; impubes non poteſt §. 1. *inſt. tit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Pater pro impubere poteſt teſtamentum facere; pro pubere non poteſt *princ. tit. inſt. de pupill. ſubſtit. l. Papinianus §. ſed nec impuberis ff. de inoffic. teſtam.* Imo ſi pater pro impubere teſtamentum fecerit ei pupillariter ſubſtituendo, & annos pupillaris ætatis exceſſerit in ſubſtitutione, evaneſcit ſubſtitutio ſtatim ac pupillus attigerit pubertatem §. *maſculo inſtit. tit. de pupill. ſubſt. l. verbis* 7. *l. in pupillari* 14. *ff. de vulg. & pupill.* Rurſus expedit pupillo, patrem ei conſulere hæredem eligendo, quem ipſe eligere non poteſt propter judicii infirmitatem §. 1. *inſtit. tit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* noceret autem puberi, ſi pater pro eo teſtamentum faceret, quia cùm ipſe ſibi pro arbitrio ſuo hæredem poſſit eligere, haberet hæredem invitus, quem ipſe non elegit, ejuſque judicium exitum non poſſet habere, quod eſt contra publicam utilitatem *l. vel negare* 5. *ff. teſtam. quemadm. aper.* & contrà æquitatem *l.* 1. *in princ. ff. ſi quis om. cauſ. teſt.* Accedit, quod ejuſdem pupilli favore, cui non ſolùm pater, ſed etiam leges conſulere intendunt, etiamſi ei non fuerit expreſſe datus pupillaris ſubſtitutus, tamen tacitè datus intelligatur. Quamobrem verbum *ſubſtituo* in pubere ſolam vulgarem ſubſtitutionem inducit: in impubere utramque ſubſtitutionem tam vulgarem, quàm pupillarem *l. jam hoc jure* 4. *in princ.* & in §. 1. *ff. de vulg. & pupill.* Et quòd magis eſt, ad inducendam pupillarem ſubſtitutionem verba teſtatoris ad contrariam ſignificationem, legis interpretatione detorquentur. Nam ſi pater impuberi filio ſubſtituat ſub conditione *ſi hæres non erit*, hæc verba comprehendunt etiam ſecundùm caſum, *ſi hæres erit*, & ad pupillarem ſubſtitutionem trahuntur *l. quamvis C. de impub. & al. ſubſtit.* Hoc autem maximè demonſtrat, quanta ſit vis noſtræ regulæ de unica determinatione plura æqualiter determinante. Animadvertendum enim eſt quod verba *ſi hæres non erit*, comprehendunt etiam caſum *ſi hæres erit*, qui eſt omninò contrarius. At verò nec verbum quidem *ſubſtituo*, quod commune eſt, & ex propria ſignificatione non minùs convenit ſubſtitutioni pupillari quàm vulgari; comprehendit pupillarem ſubſtitutionem, quando ei obſtat regula plurium determinabilium æquè determinandorum *d. l. quamvis in fin. C. de impub. & al. ſubſtit. & l. jam hoc jure* 4. *ff. de vulg. & pup.*

In laudata *l. quamvis* duæ proponuntur 6
ſubſtitutiones, altera in principio legis, altera in fine. Prima, quæ in principio proponitur, facta erat in primum caſum, nempe ſub conditione *ſi inſtitutus non erit*; merito dubitari poterat, an hæc conceptio verborum comprehenderet etiam ſecundùm caſum: hoc eſt, ſubſtitutionem pupillarem. Dicendum videbatur minime comprehendere; nam pupillaris ſubſtitutio fit in caſum omnino contrarium, ſub conditione *ſi hæres erit.* Obſtat igitur pervulgata regula, non eſſe recedendum à proprietate verborum *l. non aliter ff. de leg.* 3. de qua ſuprà copioſè

Digitized by Google

diſputavimus. Hâc tamen regula non obſtante reſponſum fuit, verba *ſi hæres non erit*, porrigi ad caſum, quo hæres ſit, & in pupillari ætate decedat: hoc eſt, non ſolùm verba impropriè accipienda eſſe, ſed etiam ad contrarium ſenſum eſſe detorquenda in favorem pupillaris ſubſtitutionis, & ex conjectura pietatis paternæ. Altera ſubſtitutio, quæ proponitur in ſecunda legis parte ſimiliter facta in primum caſum ſub eadem conditione, *ſi filius meus, & uxor mea hæredes non erunt*. Videbatur idem omnino reſpondendum: hoc eſt, in hac etiam ſubſtitutione contineri tacitè pupillarem, ſeu ad pupillarem eſſe porrigendam in favorem pupillaris ſubſtitutionis & ex conjectura paternæ pietatis. Contrarium tamen reſpondit Alexander Imperator, quia in hac ſubſtitutione obſtat regula unicæ determinationis, quæ impedit, quominus ſubſtitutio vulgaris ad pupillarem porrigatur *d. l. quamvis in fine*. Ergo hæc regula potentior eſt alia regula, quæ ſemper, & ubique obtinet in jure noſtro, quod verba accipienda ſunt, & interpretanda ſecundùm propriam ſignificationem. Imò adeo potentior eſt, atque illi adeo prævalet, ut ſi ambæ concurrant, hæc illi præferatur, & hæc obtineat, illa verò excludatur. Nam ſi teſtator utatur communi verbo *ſubſtitutio*, quod utramque ſubſtitutionem æquè comprehendit, receditur à propria hujus verbi ſignificatione, eaque reſtringitur ad ſolam vulgarem. Exemplum proponitur in noſtra *l. jam hoc jure* 4 *§. Sed ſi alter ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Hæc uberius expoſuimus, ut caveant judices, ne ab hac regula facilè recedant.

His animadverſis efficitur, falſam eſſe opinionem eorum, qui putant levem eſſe conjecturam, quæ ex hac regula deducitur. An enim levis dici poteſt conjectura, quæ deducitur ex regula, quam Alexander Imperator ait & prudentium ſententiis & Divorum parentum ſuorum auctoritate fuiſſe approbatam? Quam idem Imperator affirmat eſſe manifeſtam in *l. 4. in fin. C. de impub. & al. ſubſt.* Ibi: *manifeſtum eſt*. Quam debere ſervari, & ratio ſuadet, & divus Marcus conſtituit; ut reſponderunt Imperatores Severus, & Antoninus in *l. 2. in fin. C. eod.* Quam non admitti, incongruens eſſe dixit Modeſtinus in *l. 4. §. Sed ſi alter ff. de vulg. & pup. ll.* Quid? quod ad firmandam hanc regulam tam Imperatores, quàm Juriſconſulti veteres receſſerunt à conſtitutione Divi Pii, & Marci & Veri Imperatorum, qui ſanxerant patrem impuberi ſubſtituentem in utrumque caſum ſubſtituiſſe, etiamſi in primum tantum caſum ſubſtituiſſet *l. 4. in princ.* & in *§. 1. ff. de vulg.* An levi de cauſa, non verò manifeſta ratione receſſerunt? Profectò hæc ſine ſtomacho legi non poſſunt. Nimirum quidam ex noſtris quæſtui habentes Juriſprudentiam, ut regulam eluderent, innumeras limitationes invexerunt, quibus alii implicati, cùm ſe ab illis expedire facilè non poſſent, fallacem eſſe regulam, & levem ex ea deduci probationem ſunt arbitrati. Quaſi verò manifeſtæ juris rationi, prudentium reſponſis, conſtitutionibus Imperatorum inſulſæ Doctorum opiniones ſint anteferendæ.

Efficitur etiam, falſam eſſe opinionem eo- 8
rum, qui putant, à regula uniformis determinationis facilè recedi conjectura voluntatis, ſicut à proprietate ſermonis. Utrumque falſum, & quod facilè recedatur à proprietate ſermonis, ut probavimus in ſuperioribus: & quod æquali facilitate recedatur etiam ab hac regula, ut modo demonſtravimus. Abutuntur, ut id probent, reſcripto Alexandri Imper. in *l. in teſtamento in fin. C. de teſtam. milit.* quod in ſuperiore expoſuimus. Nunc quod ad rem attinet, breviter attingamus. Miles filiam ſuam parvulam, & fratrem ſuum ſimul hæredes inſtituerat. Filia, poſtquam hæres extitit patri, deceſſit. Concurrebant ad ejus hæreditatem mater, quæ inteſtatæ filiæ petebat hæreditatem, & frater militis defuncti, qui eamdem petebat ex pupillari ſubſtitutione. Videbatur hic matri omnino præferendus. Primùm quia verbum *ſubſtituo* commune eſt, & comprehendit æquè utramque ſubſtitutionem vulgarem, & pupillarem *l. 4. §. Sed ſi alter ff. de vulg. & pupill.* Præterea licet, quando ſubſtitutio ſimul facta eſt pupillo & puberi, comprehendat ſolam vulgarem ex noſtra regula *d. l. 4. & d. l. in teſta-*

Digitized by Google

mento in princ. & l. quamvis C. de impub. & al. ſubſtit. tamen cum miles poſſit etiam puberi extraneo ſubſtituere in ſecundum caſum *ſi heres erit d. l. in teſtamento in fin.* multò magis præſumendum eſt, voluiſſe ſubſtituere filiæ impuberi ante pubertatem decedenti, quod jure communi, etiam ſecluſo militari privilegio facere poteſt, & feciſſe præſumitur, quoties regula noſtra non obſtat, nec impedit ſubſtitutionem *l. 4. ff. de vulg.* & d. *l. in teſtamento in princ. C. de teſtam. milit.* Maximè quia favore militiæ conceſſa ſunt militibus quamplurima contra omnes juris regulas. Nam quoquo modo licet militi teſtari *l. Lucius Titius* 40. *in princ. ff. de teſtam. milit.* & poteſt pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedere *l. 1. & 2. C. de teſtam. milit.* & uno tempore teſtatus alio inteſtatus *l. 8. C. eod.* & poteſt præterire filium in poteſtate exiſtentem ejuſque præteritio pro exheredatione habetur *l. ſi quem* 10. *in fin. C. eod.* Ergo ſi jus civile firmiſſimas Legum ſanctiones, ac regulas inſuper habet ad ſuſtinendam militis voluntatem, cur non & regulam noſtram uniformis determinationis tranſcendit, ut ſuſtineatur pupillaris ſubſtitutio, quæ ſolet comprehendi verbo ſubſtitutionis? Huc accedit, quod miles fratrem ſuum prætulit uxori in inſtitutione, ac propterea credendum eſt, eumdem prætuliſſe etiam in ſubſtitutione. Pari enim affectu proſequitur heredem teſtator, ſive ipſum inſtituat, ſive ſubſtituat, cùm utroque modo ſuum ipſi patrimonium largiatur, *l. Publius* 36. *§. 1. ff. de condit. & dem.* Et hoc adeo exactè ſervatur, ut eædem partes in ſubſtitutione datæ videantur, quas in inſtitutione teſtator expreſſit §. *& ſi ex diſparibus inſtit. tit. de vulg. l. ſi plures* 24. *ff. de vulg. & pupill.* Ibi: *niſi fortè alia mens fuerit teſtatoris, quod vix credendum eſt: niſi hoc evidenter expreſſerit. Vix credendum,* quia certa ac firma ratio ſuadet teſtatorem pari affectu dilexiſſe heredem in inſtitutione, atque in ſubſtitutione. Hoc amplius: etiam in ſubſtitutione teſtator prætulit fratrem uxori: nam ſi filia parvula non fuiſſet heres, non poſſet dubitari hereditatem ad fratrem ex vulgari ſubſtitutione, excluſa uxore teſtatoris, eſſe deferendam. Si ergo fratrem prætulit uxori in ſubſtitutione vulgari, cur non & in pupillari, quæ iiſdem verbis, eademque diſpoſitione continetur?

Sanè tam Juſtinianus, quàm Papinianus 9 maximi momenti eſſe duxerunt, quod mater data eſſet coheres filio in *l. ult. C. de inſtit. & ſubſtit.* & inde ducunt argumentum voluntatis teſtatoris, quod ipſam noluerit excludere à ſucceſſione filii, licèt ipſi dederit ſubſtitutum. Ac vix induci poſſum, ut aſſentiar Cujacio, qui putat matrem filio ſucceſſuram fuiſſe, etiamſi ejus coheres ſcripta non fuiſſet, eo quod Papinianus, & Juſtianus opinionem Papiniani comprobans non moveatur ea ſola ratione, quod teſtator matrem ſimul cum filio in parte hereditatis inſtituerit: ſed alia etiam, quod æquum non ſit, matrem ex luctuoſa filii morte damnum hereditatis ſentire. Videtur enim Juſtianus ea ſola ratione moveri, quod cùm teſtator matrem vocaverit in partem hereditatis, eaque filium privaverit, qui in tota hereditate ſuccederet ab inteſtato, multò magis voluerit matrem filio morienti ſuccedere, eamque noluerit privare ea parte hereditatis, quam eſſet ab inteſtato acquiſitura, ſi pater teſtamentum non condidiſſet. Verba legis hæc ſunt: *Si enim ſuæ ſubſtantiæ partem uxori dereliquit, multò magis & luctuoſam hereditatem ad matrem venire curavit.* Profectò hæc unica ratio eſt argumento concluſa, quod ex comparatione ducitur, & primum concluſionis modum dialectici appellant, in qua cum primum aſſumpſeris, conſequitur id, quod annexum eſt: hoc voluit, ergo & illud. Qui hoc vult, & illud velle debuit: vult autem hoc, ergo & illud. Eleganter hæc explicat Cicero *in Topic. ad Trebatium. Hinc aliud argumentum negans è contrario confici poteſt; ſi illud non voluit, neque hoc quidem voluiſſe cenſendus eſt.* Ergo ſi partem matri non reliquiſſet, nec eam vocaſſe ad reliquam partem cenſeretur. Cic. *pro C. Rabir. Si interfici Saturninum nefas fuit: arma ſumpta eſſe contra Saturninum ſine ſcelere non poſſunt: ſi ar-*

Digitized by Google

ma jure ſumpta concedis, interfectum jure concedas neceſſe eſt. En! aliud à minore ad majus in Orat. in *Q. Cæcilium in fin. Etenim ſi probabilis eſt eorum cauſſa, qui injurias ſuas perſequi volunt: qua in re dolori ſuo, non Reip. commodis ſerviunt: quantò illa cauſa honeſtior, quæ non ſolùm probabilis videri, ſed etiam grata eſſe debet, nulla privatim acceptâ injuria, ſociorum atque amicorum Popul. Rom. dolore, atque injuriis commoveri?* Eſt hoc genus probationis, in qua, dato antecedenti, deducitur conſequens, in quo cadebat controverſia, & quæſtio verſabatur. Ad rem noſtram. Sunt præterea in laudata *l. ult. C. de inſtit. & ſubſt.* obſervanda verba illa: *in hujuſmodi caſu.* Quis eſt iſte caſus? nempè qui initio propoſitus eſt, & in controverſiam vocatus: cùm miles pro parte ventrem prægnantem inſtituit, pro parte ſuam uxorem. Ergo hìc ſolummodo caſus à legiſlatore deciditur. Et amplius animadvertendum eſt, Juſtinianum hìc non reſcribere ad preces alicujus ſupplicantis, & de aliquo caſu interrogantis: ſed ipſum ex ſe proponere quæſtionem, & rem inter Ulpianum & Papinianum controverſam: itaque ejus definitio non poteſt egredi terminos propoſitæ quæſtionis, quam ipſe perſolvit. Neque contrarium eſt reſcriptum Diocletiani, & Maximiani in *l. precibus C. de impub. & al. ſubſtit.* Nam ibi proponitur facta ſubſtitutio, vel expreſsè in ſecundum caſum, vel compendio; hoc eſt, ſubſtitutio, quam noſtri vocant compendioſam, quæ utramque ſubſtitutionem verbis æquè comprehendit, nec ibi mater erat data cohæres filio. Hic autem caſus eſt valde diverſus; nam mater fuit inſtituta ſimul cum filio, & ſubſtitutio reſtricta erat ad ſolum caſum, quo poſthumus natus non fuiſſet: poſthumus autem natus erat, & in pupillari ætate deceſſerat: ac propterea non extiterat conditio ſubſtitutionis. Sed noſtri inſtituti non eſt, has leges diligenter expendere. Itaque ad rem ut tandem redeam, breviter aſtringam argumentum.

Negari non poteſt, in toties laud. *l. ult.* tam Papinianum, quàm Juſtinianum plurimi feciſſe illam circumſtantiam, quod mater fuerit inſtituta hæres cum filio: ac propterea, quod ea nobis ſuppeditet non levem conjecturam voluntatis teſtatoris, quod eum, quem vocavit ad hæreditatem in inſtitutione, voluerit etiam vocare in ſubſtitutione. Neglecta tamen hac conjectura, neglectis pariter aliis, quas ſuprà conglobavimus, reſpondit Alexander, fratrem ſubſtitutum probare debere, an ita teſtator ſenſiſſet: hoc eſt, ut ego arbitror, an voluerit uti privilegio militis in ſubſtitutione, ad cujus probationem ſatis eſſe puto, ſi probaverit militem jure militari teſtatum fuiſſe. Quid ita? nimirum, quia ſi hoc non probaverit, corruet regula noſtra de unica determinatione, quæ æqualiter omnia debet determinare: nam valeret ſubſtitutio quoad perſonam pupilli, non verò quoad perſonam fratris, qui cùm fuerit hæres, non poteſt habere ſubſtitutum: eo enim adeunte, ſtatim expirat ſubſtitutio *l. quamdiu prior. 3. & l. quamdiu 69. ff. de acquir. vel omitt. hæred. l. poſt aditam C. de impub. & al. ſubſt.* Contra ſecundùm hanc Imperatoris conſtitutionem ſemper ſalva manet regula noſtra. Etenim, ſi frater non probet ita ſenſiſſe teſtatorem, valebit, & locum habebit ſubſtitutio vulgaris quoad utrumque ſcilicet, tam quoad pupillum filium, quàm quoad puberem extraneum: ſi verò probaverit, valebit quoad utrumque ſimiliter utraque ſubſtitutio, tam quæ in primum, quàm quæ in ſecundum caſum facta fuit, quia valebit jure militari. Probare autem ſubſtitutus debet teſtatorem jure militari teſtatum fuiſſe, ut gaudeat hoc privilegio, quia privilegium nimis abhorret à regulis juris: ut quis poſſit hæredem facere ei, qui ſibi ipſi hæredem facere poteſt, item ut fraudi ſit legitimis hæredibus quibus hæreditatem adimat. Itaque Paganus hoc modo fruſtra ſubſtituit, adeo ut nequidem rogare poſſit hæredem ſuum, ut alium hæredem faciat *l. verbis civilibus 7. ff de vulg. & pupill. l. ex facto in princ. ff. ad S C. Trebell.*

Supereſt altera limitatio Doctorum, quæ, 10
omiſſis aliis nullo fundamento juris innixis,

eſt hoc loco diſtinctiùs explicanda. Limitant igitur hanc regulam, quando eâ admiſsâ ſequeretur correctio legis: hoc eſt, quando per eam determinaretur caſus contra determinationem ipſius legis. Hoc utique negari non poteſt: nemo enim cavere poteſt, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant: *l. nemo 55. ff. de leg.* 1. & jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt *l. jus publicum ff. de pact.* ſed tamen, ut vera à falſis diſtinguamus, animadvertendum eſt, quod aut lex aliquid generaliter ſtatuit, & tunc regula in caſu, quem determinat, legi derogat: aut lex decernit aliquid ſpecialiter de aliquo caſu, & tunc lex derogat huic regulæ. Primùm probatur exemplo ſubſtitutionis. Lex generaliter conſtituit, ut ſubſtitutio vulgaris trahatur ad pupillarem, & ſubſtitutio facta in unum caſum, utrumque comprehendat *l. jam hoc jure 4. in princ. & in §. 1. ff. de vulg.* Atqui hoc fuit conſtitutum divi Marci, & Veri conſtitutione, *d. l. 1. in princ.* verùm ſi ſe interponat hæc regula, derogat legis conſtitutioni, & conſtitutio locum non habet eo caſu; qui à regula comprehenditur, ut in *d. l. 4. §. ſed ſi alter.* Et hoc ſuprà copioſè eſt explicatum. Secundum verò probatur exemplo, quod proponitur in *l. ſi ita ſcriptum fuerit 16. ff. de manum. teſtam.* Teſtator ita ſcripſit: *cùm Titius annorum triginta erit, Stichus liber eſto: eique heres meus fundum dato.* Titius antequam ad annum trigeſimum perveniret, deceſſit. Sticho libertas nihilominus debetur impleto tempore, non autem fundus. En! quod illa determinatio teſtatoris: *cùm Titius annorum triginta erit*, non æquè determinat legatum libertatis, & legatum fundi. Idem traditum eſt in *l. ſi ſervus 29. ff. de ſtatu liber.*

Vereor tamen, ne non ſit accommodatum hujuſmodi exemplum ad probandum id, quod volunt. Dubito enim, an verba illa: *cùm Titius annorum triginta erit*, unicam an duplicem determinationem contineant. Etenim verba illa quoad legatum fundi faciunt conditionem, quoad legatum libertatis faciunt diem certum. Itaque duo ſunt legata diſtincta ac ſeparata, alterum ſub conditione, alterum in diem, & utrumque legatum habet diſtinctam determinationem, licèt utraque determinatio iiſdem verbis comprehendatur. Scilicet ita res eſt. Tempus certæ ætatis conditionem facit in teſtamentis *d. l. ſi ſervus 19. ff. de ſtatu lib. d. l. ſi ita ſcriptum 16. ff. de man teſtam. l. fideicommiſſaria 23. §. etiam ff. de fideic. lib.* ſicut quilibet alius dies incertus *l. dies incertus 74. ff. de cond. & dem. l. talis 30. §. Cui congruit. ff. de leg. 1. l. ſi ita ſcriptum 45. §. ult. ff. de leg. 2. l. Caio §. 1. ff. de alim. leg.* & paſſim. In contractibus verò, licèt dies omnino incertus, hoc eſt, is, de quo certum non eſt, an ſit exiturus, conditionem faciat *l. quodcumque 45. §. non ſolum ff. de V. O.* tamen tempus, quod certo eſt exiturum, conditionem non facit *l. nam ſi 17. ff. de condic. in d. l. ſi pupillus §. 1. ff. de novat.* Rurſus tempus certæ ætatis licet conditionem faciat in cæteris omnibus legatis, tamen neque in legato libertatis, neque in legato alimentorum conditionem facit: in his continet ſolummodo diem, non autem conditionem. De legato libertatis in *l. fideicommiſſaria 23. §. etiam in l. Thais §. libertatem ff. de fideicom. libert.* & in *d. l. ſi ita ſcriptum*, & in *d. l. ſi ſervus.* De alimentis verò traditum eſt in *l. libertis §. ab heredibus & l. Caio §. 1. ff. de alim. leg. l. 1. C. de leg.* Alia igitur, atque alia eſt temporis incerti vis, & poteſtas, & diverſa atque diſtincta pro diverſitate diſpoſitionum, quibus adjungitur. Aliter determinat contractus, aliter teſtamenta: aliter legatum libertatis, & alimentorum, aliter reliqua legata. Quare non eſt unica hujus temporis determinatio, ſed multiplex. Quo fit, ut in objecta *l. ſi ita ſcriptum ff. de manum. teſtam.* non unica ſit adjecti temporis determinatio: alia, quæ reſpicit legatum libertatis: alia, quæ reſpicit legatum fundi. Quoad legatum libertatis continet diem, quoad legatum fundi conditionem. Non poteſt igitur utrumque legatum pari modo determinare.

Sed ne videar illis, qui craſſiore Minerva 11
ſolent jus civile tractare, hæc nimiò plus

ſubtiliter perſcrutari, illuc redeo, unde diſceſſi, fateorque regulam noſtram locum habere non poſſe, ubi ſe lex interponit, eamque excludit, quia lex omnibus regulis prævalet, & ipſa ſola dominatur. Quamquam non facile eſt invenire caſus, in quibus ab hac regula recedatur. In his autem, ſi qui ſunt, non regulæ defectus in cauſa eſt, cur ea non obtineat, ſed legis auctoritas. Sit quantumvis perſpicax, & acuta oculorum acies, nihil tamen ultra murum, aut montem oppoſitum pervidebit. Non, quod hebes ſit & obtuſa acies, nil perſpicit, ſed quod murus aut mons ſe opponit, qui viſum impediunt, & ultra penetrare non ſinunt. Eadem prorſus eſt ratio rei impoſſibilis. Si hæc regula incurrat in aliquid impoſſibile ex diſpoſitione teſtatoris, utique frangitur, & viribus enervatur, quia impoſſibilium nulla eſt obligatio *l. impoſſibilium 85. ff. de reg. jur.* ſi ferri acies impingat in adamantem, hebetatur, & obtunditur. Eſt ipſa quidem ad cædendum aptiſſima, ſed retorquet ictum durities adamantis, qui cædi non poteſt. Nec ſolùm determinatio non æquè determinat poſſibile, & impoſſibile, ſed impoſſibile ne determinat quidem ullo modo. Nam quæ fieri non poſſunt, nec determinari quidem poſſunt. Impoſſibilia autem ſunt non ſolùm ea, quæ natura ſua ejuſmodi ſunt, ſed quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores ſunt, nec facere non poſſe exiſtimandum. Ita piè ac religiosè ſcripſit Papinianus in *l. Filius qui 15. ff. de cond. inſtit.* Quamobrem ea quæ ſunt contrà bonos mores, contra leges, contra edicta Imperatorum, aut à Prætoribus improbata, pro non ſcriptis habentur *l. conditiones 4. ff. eod.* Hinc reſpondit Paulus in *l. ſi Titio & ei 7. ff. de leg. 2. Si Titio & ei, qui capere non poteſt, decem legata ſunt, quia duobus hæres dare damnatus eſt, & unus capere non poteſt, quinque ſola debentur.* Non deficit hic determinatio, ſed determinabile. Determinatio quidem æquè utrumque determinat, cum utrique quinque tribuat: ſed deficit unum ex determinabilibus: & non deficit, quia legatum repudiaverit, ſed quia incapax eſt, & pro nullo habetur, & quod ei datum eſt, pro non ſcripto habetur: adeoque remanet penes hæredem, non accreſcit Titio.

CAPUT XVIII.

Ad L. ille 25. §. 1. ff. de leg. 3.

SUMMARIUM.

1 *Officium JCti in interpretatione quâ Legum, quâ hominis diſpoſitionum, maxime conſiſtit.*
2 *Scripti & voluntatis diſcrepantia. Verborum intelligentia maximè neceſſaria. Eam veteres JCti excolebant.*
3 *A ſcripto non recedendum, niſi ex manifeſta ſcribentis voluntate probatur n. 4.*
5 *Perſpicuum ea de re Modeſtini reſponſum in l. ſi alii 19. ff. de uſufr. leg. conciliatur cum Ulpiano in l. & puto 16. § Julianus ff. fam. ercisc. & n. 6. 7.*
7 *Speciales rationes ex quibus uſusfructus non communicatur in caſu L. & puto ff. fam. ercisc.*
8 *Servii ac Tuberonis vetus hac de re diſſidium. Servii ſententia acceſſit Celſus & C. Aquilius & n. 9.*
10 *Etiam in contractibus ſcriptum ſententia præferendum.*
11 *Voluntas maximè ſpectanda quia potentior verbis: probatur auctoritate, & n. 12.*
13 *Tit. C. plus val. quod ag. quam quod ſimul concip. perperam ad hoc allegatur.*
14 *Idem procedit in contractibus.*
15 *Si ſcriptum non ſit, vel ſit ambiguum, ſpectatur voluntas; ſi non appareat, ſecundum jus reſpondendum eſt.*

OFficium munuſque Juriſconſulti totum 1
in recta interpretatione eſt occupatum. Qui rectè leges, atque hominum diſpoſitiones interpretatur, & explanat, optimus eſt judex, optimus Juriſconſultus: qui perperam, ac perversè, peſſimus. Leges ſemper eædem ſunt, nec mutantur in dies, earumque interpretationis tot clariſſimorum virorum ſtudio elucubratæ, induſtria elaboratæ, ingenio perfectæ fuerunt, ut vix quicquam addi poſſe videatur. Hominum verò diſpoſitiones variæ ſunt, & ſemper diverſæ, & in omnes partes longè, lateque diffuſæ: numquam eadem voluntas, numquam iiſdem

verbis explicata : quo magis elaborandum eſt, ut eorum mentem aſſequamur, idque eſt perdifficile & confragoſum. Nihil enim eſt obſcuriùs voluntate hominum, ut rectè monuit Cicero. Nihil autem hac in re frequentiùs diſputatur, quàm de ſcripto, &
2 ſententia. Ita docet Quintilianus *Inſt. orat. lib. 7. cap. 6. Scripti, & voluntatis frequentiſſima quæſtio eſt, & pars magna controverſi juris hinc pendet*: Noſtri tamen de verborum ſignificatione non valde ſolliciti ſunt: Forum enim aſſiduè reboat vocibus Juriſconſultorum ineptè clamantium, non verba, ſed voluntatem ſpectandam eſſe: adeo ut quidam magni nominis judex apprimè doctus in hoc ſcurriliter & putidè nugetur: *nec Cruſchæ, nec cruſta verborum inhærendum eſſe*, quaſi ludibrio habeat Academiam totius Europæ celeberrimam, & promptuarium Etruſcarum vocum ab ea editum. Nimirum idem in explicatione cujuſdam vocis Italicæ huic præfert Calepinum. O ſuperi, ô manes! Quis cælum terris non miſceat, & mare cælo? ſanè veteres Juriſconſulti, qui jus noſtrum civile fundarunt, non idem ſentiebant. Scripſit Ælius Gallus libros duos de verborum, quæ ad jus pertinent, ſignificatione. Scripſit & Servius: ſcripſerunt & alii, quos
3 prætermitto. Itaque verborum intelligentia eſt maximè neceſſaria, & à ſcripto recedendum non eſt, niſi manifeſtè appareat voluntas contraria ſcribentis *l. non aliter 69. ff. de leg. 3.* Quoniam vero, ut Cic. *ait in Topic.* circa finem ſunt tria genera, quæ controverſiam in omni ſcripto facere poſſunt: ambiguum; diſcrepantia ſcripti & voluntatis, & ſcripta contraria: nos de ſcripto, & voluntate primo loco diſceptabimus: hæc enim diſceptatio potiſſima eſt, & alias commodè præcedet.

4 Quod à ſcripto non ſit recedendum, cùm perſpicuum eſt, nec admittenda voluntatis quæſtio, traditum eſt apertè in *l. ille, aut ille 25. §. 1. ff. de leg. 3. Cùm in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt admittenda voluntatis quæſtio.*

Idem traditum in *l. 4. verſ. quod ſi quis ff. de leg. 1. Quod ſi quis, cùm vellet veſtem legare, ſupellectilem adſcripſit, dum putat ſupellectilis appellatione veſtem contineri, Pomponius ſcripſit veſtem non deberi: quemadmodum ſi quis putet auri appellatione electrum, vel orichalchum contineri: vel quod eſt ſtultius, veſtis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia ſunt: hominum mutabilia.* Rectè. Noſtrâ enim deſtinatione fundorum nomina, & domus, non natura conſtituuntur *l. quod in rerum 24. §. quod ſi ff. de leg. 1.* & ideo mutari poſſunt *d. l quod. in rerum 24. §. ſi quis poſt & §. ſeq.* vocabula autem, quæ à principio fuerunt impoſita, & diuturno uſu totius populi comprobata, non poteſt quilibet pro arbitrio ſuo mutare, & à communi uſu, & ſignificatione recedere.

Id ipſum reſpondit Ulpianus in *l. quoties* 5
9 §. 1. ff. de hered. inſtit. Et ſi in re quis erraverit, ut puta dum vult lancem relinquere, veſtem leget, neutrum debebitur. Hoc ſive ipſe ſcripſit, ſive ſcribendum dictaverit.

Acceſſit auctoritas Modeſtini, qui hac de re ita dilucidè, atque enucleatè ſcripſit in *l. ſi alii 19. ff. de uſufr. leg. Si alii fundum, alii uſufructum ejuſdem fundi teſtator legaverit: ſi eo propoſito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto uſufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto uſufructu lego, Seio ejuſdem fundi uſumfructum heres dato: quod niſi fecerit, uſusfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet ſcriptura, quam peractum ſit.* Interdum videlicet cum id, quod ſcriptum eſt, ambiguum non eſt.

Carpunt quidam viri docti hoc Modeſtini reſponſum: ſed immeritò, quantum arbitrari poſſum. Etenim certum eſt fundi appellatione contineri etiam uſumfructum *l. eum qui ita ſtipulatus 56. §. ſi ita ſtipulatus, & l. qui uſumfructum 58. ff. de V. O. l. 6. ff. de uſufr. ear. rer. l. ſi Titio 10. ff. de uſufr. leg.* adeo ut fundus dari non intelligatur, ſi uſusfructus detrahatur *d. l. qui uſumfructum 58. ff. de V. O.* Quotieſcumque autem non ambigitur, quin vocabulum, quo uſus eſt teſtator, aliquid comprehendat, aut non comprehendat,

Digitized by Google

comprehendat, qualiſcumque fuerit mens, & voluntas teſtatoris, à ſcripto non eſt recedendum *l. Labeo 7. §. Servius in princ. ff. de ſup. leg.*

6 Sed opponitur Ulpianus in *l. & puto §. Julianus ff. fam. ercifc. Julianus ait, ſi alii fundum, alii uſumfructum fundi judex adjudicaverit, non communicari uſumfructum.*

Dubitari non poteſt, hoc ſingulari ratione ſcriptum fuiſſe à Juliano de ſententia Judicis in judicio familiæ erciſcundæ. Nam idem Julianus contrà reſpondit tam in legatis, quàm in ſtipulationibus. In legatis uſumfructum communicari dixit Julianus in *l ſi Titio 10. ff. de uſufr. leg.* & in *l. ſi tibi decem 6. ff. de uſufr. ear. rer.* In ſtipulationibus idem aſſirmavit in *l. eum qui ita ſtipulatus 56. §. ſi à te ſtipulatus ff. de V. O.* Hoc igitur pro certo habuit Julianus tam in contrac-
7 tibus quàm in legatis, uſumfructum eſſe communicandum. Contra in ſententia judicis non debere communicari. Quid ita? Nempe in ſententia judicis interpretanda mentem judicis, ejuſque voluntatem ſpectare oportet, non verba, non ſcriptum: ne ſi ab ejus voluntate recedamus, injuſtè eum judicaſſe contra ejus propoſitum & voluntatem dicere cogamur. Judex datur, ut inter litigantes juſta decernat. Si contra ejus voluntatem ſententiam interpretamur, eum vel invitum injuſta decernere compellimus. Læditur juſtitia, ad quam tuendam judices ſunt conſtituti. Læditur honor, virtuſque & exiſtimatio judicis innocentis. Læduntur litigantes, qui rem ſuam amittunt & fraudantur ſpe, & expectatione, quam de judicis juſtitia & æquitate conceperant. Judicia omnia pervertuntur, ſine quibus, nec domus ulla, nec civitas ſtare, & conſervari poteſt. Contrahentes & teſtatores pro arbitrio de rebus ſuis diſponere poſſunt: nec ſunt adſtricti legibus, quæ pleniſſimam eis facultatem tribuunt diſponendi *l. verbis legis 120. ff. de V. S. auth. de Nupt. §. diſponat.* Neque juſtitiam, aut leges labefactant, ſi hoc, vel illo modo contrahant, ſi huic potiùs quàm illi res ſuas relinquant: adeoque ſuæ inſcitiæ, vel oſcitantiæ imputare debent, ſi aliud voluerunt.

Præterea obſervandum eſt, quod in laudata *l. & puto §. 1. ff. fam. erciſc.* multa concurrunt, qui non poſſit aliter accipi ſententia Judicis. Concurrit votum & intentio litigantium, qui volunt à communione diſcedere, ac propterea agunt actione familiæ erciſcundæ: maximè in ſpecie ab Ulpiano in ea lege propoſita quod hæredes vellent à communione uſusfructus diſcedere, ut proponitur ibi *in princ. Legis.* Concurrit propoſitum & voluntas judicis, imò neceſſitas ipſi à Lege impoſita, cùm debeat, & ſecundùm naturam actionis, & juxta petitionem litigantium ferre ſententiam *§. Si familiæ inſtit. tit. de offic. jud. l. 1. in princ. ff. fam. erciſc.* Concurrit & propria actionis natura, quæ ad tollendam, non ad inducendam communionem eſt inſtituta *d. §. ſi familiæ.*

Sed jam à diverticulo controverſia ſuſcepta repetatur. Hac de re diſputat in utramque partem Celſus in *l. Labeo 7. §. Servius ff. de ſupell. leg.* Primum refert Servii ſententiam exiſtimantis, non ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi uſu nomina exaudiri debere. Deinceps refert opinionem Tuberonis contra ſentientis: nam quorſum nomina, niſi ut demonſtrarent voluntatem dicentis? adeoque nemo exiſtimandus eſt dixiſſe, quod non mente agitaverit: Tandem Servii ſententiam probat his verbis. *Sed etſi magnopere me Tuberonis & ratio, & auctoritas movet, non tamen à Servio diſſentio: non videri quemquam dixiſſe cujus non ſuo nomine uſus ſit; nam etſi prior, atque potentior eſt quàm vox, mens dicentis, tamen nemo ſine voce dixiſſe exiſtimatur*, & reliqua quæ ſequuntur. 8

Idem prorſus ſenſiſſe C. Aquilium teſtatur Cicero in oratione pro A. Cæcinna, n. 29. ed. 1695. Amſtelodami, cui omnino credendum eſt, quia Aquilii ſententia pro adverſario faciebat: eam tamen refert, non tamen probat, cùm contrarium in ea cauſa defenderet. Narrat igitur Aquilium dixiſſe, non poſſe probari quemquam eſſe dejectum, 9

niſi ex eo loco, in quo fuiſſet (agebatur enim in ea cauſa de interdicto undè vi). *Rem & ſententiam interdicti mecum facere fatebatur, verbo me excludi dicebat: à verbo autem poſſe recedi non arbitrabatur.* In ea cauſa una tantùm literula controverſiam faciebat. Æbutius enim fatebatur quidem ſe à fundo Cæcinnam ejeciſſe: negabat autem ſe dejeciſſe de fundo: quoniam hominibus armatis prohibuerat eum ingredi fundum, non autem in fundo morantem ex eo dejecerat: ac propterea ſe non teneri interdicto, quod dejectum reſtitui jubet, non ejectum. Igitur C. Aquilius maximus eâ ætate Juriſconſultus fatebatur rem & ſententiam interdicti cum Cæcinna facere, ſed à verbo recedi non oportere: adeo erat alligatus verbis, & ſcripto: idque voluntati, & ſententiæ præferebat.

10 Ac ne quis putet, ſcriptum ſententiæ præferendum eſſe ſolùm in ultimis voluntatibus, non autem in contractibus, Celſus in *l. non eſt ferendus 2. ff. de tranſact.* idem ſtatuit in tranſactione. *Non eſt ferendus*, ait, *qui generaliter in his, quæ ei teſtamento relicta ſunt, tranſegerit: ſi poſtea cauſſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima teſtamenti parte: ac non etiam quod poſteriore legatum ſit.* Non eſt ferendus, inquit; igitur judex hujuſmodi quæſtionem voluntatis debet repudiare, & ſecundùm ſcriptum pronunciare.

Idem Celſus in *l. quicquid adſtringendæ 99. in princ. ff. de V. O. Quicquid adſtringendæ obligationis eſt, niſi palam verbis exprimitur, omiſſum intelligendum eſt &c.* Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, ſi ejus intererit de certis potiùs vaſis fortè, aut hominibus actum. Utrumque comprehendit Celſus; & ſtipulatorem, & promiſſorem; neuter à verbis recedere debet obtentu contrariæ voluntatis.

11 Quamvis hæc perſpicua ac certa videantur; tamen contraria ſententia, quæ voluntatem verbis anteponit cum ratione, tum multarum legum nititur auctoritate. Ratione; quia ab hominibus, ut ait Horatius, inventa ſunt verba, quibus voces, ſenſuſque notarent & verba voluntati famulantur, quæ ſi poſſet ſine verbis intelligi, cognoſcique, verba eſſent omnino ſupervacanea. Rectè Cic. *pro A. Cæcin. Voluntas, quæ ſi tacitis nobis intelligi poſſet, verbis omnino non uteremur: quia non poteſt, verba reperta ſunt, non quæ impedirent, ſed quæ indicarent voluntatem*, & ut aïebat Tubero: quorſum nomina niſi, ut demonſtrent voluntatem dicentis. *l. Labeo 7. §. Servius ff. de ſupell. leg.* Quamobrem prior eſt ac potentior, quàm vox, mens dicentis, ut ibi fatetur Servius, contrariæ ſententiæ aſſertor. Eſt igitur calumniatoris officium, verba, & literas ſequi, & negligere voluntatem. Cornific. *ad Heren. lib. 2. Neque enim tantopere laboramus in exploranda verborum ſignificatione, niſi ut mentem ſcribentis aſſequamur.* Eodem tendunt omnia argumenta, omnes conjecturæ, quibus utimur in cauſis agendis.

Rationi accedit plurimarum legum auctoritas. Paulus in *l. qui quartam 15. ff. de leg. 1. Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam ſcripſit: Proculus rectè ait poſſe defendi, quartam partem legatam, quia ineſſet dimidiæ. Idem erit etſi quinquaginta voluit legare, & centum ſcripta ſint: quinquaginta enim debebuntur. Sed etſi plus legare voluit, & minus ſcripſit, valebit legatum.* Hujus rei elegantiſſimum affert exemplum Quinctilian. *inſtit. orat. lib. 7. c. 6. Qui ſeſtertium nummum quinque millia legaverat: cùm emendaret teſtamentum, ſublatis ſeſtertiis nummis, argenti pondo poſuit, quinque millia remanſerunt: apparuit tamen quinque pondo dari voluiſſe, quia ille in argento legato modus inauditus erat, & incredibilis.* 12

Ulpianus in *l. librorum 52. §. quod tamen Caſſius ff. de leg. 3. Quod tamen Caſſius de membranis puris ſcripſit, verum eſt: nam nec chartæ puræ debentur libris legatis, nec chartis legatis libri debebuntur, niſi fortè & hic nos uſerit voluntas.* Modeſtinus in *l. cùm quidam 8. ff. de ſupellect. leg.* reſpondet, *ſi quid in ſupellectili argentum eſt, deberi: eſcale autem, vel potorium argentum non deberi, niſi hoc quoque teſtatorem ſenſiſſe legatarius doceat.* In *l. Aquiſquis 95. ff. de leg. 3.*

Voluntatem prætereà defuncti, qua maximè in fideicommiſſis valeret ei ſententia ſuffragari. In *l. cùm virum C. de fideic. Sanè quoniam in fideicommiſſis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda eſt.* In *l. cùm de lanionis* 18. §. *item caccabos ff. de inſt. vel inſtrum. leg. Optimum ergo eſſe Pedius ait non propriam verborum ſignificationem ſcrutari, ſed in primis quid teſtator demonſtrare voluerit.*

Ulpianus in *l. ſi quis vinum* 9. *in princ. ff. de trit. vin. & ol. leg. Si mulſum ſit factum vini appellatione non continebitur propriè, niſi fortè paterfam. etiam de hoc ſenſit. Certè zythum, quod in quibuſdam provinciis ex tritico, vel hordeo, vel pane conficitur, non continebitur &c.* Sublit poſt aliarum potionum numerationem, quæ vini appellatione non continentur: *niſi alia mens teſtantis fuit.* Sed hanc legem memini me alias luculenter expoſuiſſe.

Multò clarius id probatur auctoritate Hadriani Imperatoris, cujus conſtitutionem refert Pomponius in *l. Divus* 22. *in princ. ff. de uſu, & habitatione.* Ibi: *Divus Hadrianus, cùm quibuſdam uſus ſylvæ legatus eſſet, ſtatuit fructum quoque eis legatum videri, quia niſi liceret legatariis cædere ſylvam, & vendere, quemadmodum uſufructuariis licet, nihil habituri eſſent ex eo legato.* Nimirum legata erat ſylva cædua, cujus nullus uſus, niſi cædi poſſet.

Magis urget Pomponii dictum in *l. Proculus* 19. *ff. de uſufr.* qui putat inſulam ita legari poſſe. Ædium mearum, quoad altius, uti nunc ſunt, ædificatæ ſint, illi uſumfructum do, lego. Teſtator legat uſumfructum inſulæ, & legato continetur ipſa inſula Longè differunt fundus ſeu inſula ab uſufructu, adeo ut ſi teſtator fundum leget, cùm nolit legare uſumfructum, nihilominus uſusfructus legato contineatur *l. ſi alii* 19. *ff. de uſufr. leg.* ergo & ſi leget uſumfructum, cùm voluerit legare inſulam, debebitur uſusfructus, quem legavit, non inſula, quam non legavit. Si legato fundo non debetur ſola proprietas, etiamſi id ſenſerit teſtator, nec legato uſufructu debebitur proprietas, etiamſi teſtator voluerit legare proprietatem: ſi quidem neglectâ voluntate, verborum vim tantummodo credimus inſpiciendam.

Idem Pomponius in *l. inter veſtem* 33. *ff. de aur. & arg. leg. Difficultatem facit mens legantis ſi & ipſe ſolitus fuerit uti quadam veſte, quæ etiam mulieribus conveniens eſt. Itaque ante omnia dicendum eſt eam legatam eſſe, de qua teſtator ſenſerit, non quæ revera, aut muliebris, aut virilis ſit. Nam & Quinctus Mucius ait ſcire ſe quemdam Senatorem muliebribus cœnatoriis uti ſolitum, qui ſi legaret muliebrem veſtem, non videretur de ea ſenſiſſe, qua ipſe quaſi virili utebatur.*

Imperator Juſtinianus in *l.* 3 *C. de liber. præter. Cùm enim manifeſtiſſimus eſt ſenſus teſtatoris, verborum interpretatio nuſquam tantùm valeat, ut melior ſenſu exiſtat.* Clariùs definiri non poterat id quod quærimus.

Facit etiam pro hac ſententia Ulpianus in *l. cogi* 16. *ff. ad S C. Trebell.* nec non Hermogenianus, & Paulus in duabus Legibus antecedentibus, in quibus omnes communi conſenſu ſtatuunt, hæredem cogi reſtituere hæreditatem, non ſolùm ſi hæreditatem reſtituere rogatus ſit, ſed etiam ſi familiam, ſi pecuniam, ſi univerſam rem ſuam, ſi omnia ſua, ſi patrimonium, ſi facultates, ſi quicquid habet, ſi cenſum ſuum, ſi fortunas ſuas, ſi ſubſtantiam ſuam, ſi peculium ſuum reſtituere rogaverit teſtator, niſi probetur, eum aliter ſenſiſſe: in ambiguo enim de ſucceſſione ſenſiſſe ſtatuit Ulpianus. Igitur quamvis verba notent res ab hæreditate longè diverſas, tamen ſi illis hæreditatem voluit ſignificare teſtator, verborum ſignificationem poſthabemus, & quod magis eſt, neglectâ verborum ſignificatione, ita teſtatorem voluiſſe præſumimus.

Quidam efferunt ad hoc probandum totum titulum Codicis: *plus valere quod agitur, quam quod ſimulatè concipitur*: & ex 13
eo titulo allegant *l.* 1. 2. 3. 4. in quibus habetur in quod actum eſt, valet, non quod ſcriptum. Non rectè, ut mea fert

Digitized by Google

ſententia. Nam ille titulus tam alienus eſt à noſtra quæſtione, quàm quod maximè. Ibi enim pertractatur de illis, qui aliud agunt, aliud ſe agere ſimulant. Hi fingunt, non ex animo agunt. Quod verè & ex animo egerunt, non quod finxerunt, valere oportet. Fictio cedat veritati neceſſe eſt: ac propterea etiam ſcriptura rei geſtæ cedat oportet. Nam illi veritatem & rem geſtam celare ſategerunt, rem ſimulatam in ſcripturam redegerunt, ut incautis, reique geſtæ & conventionis inter eos initæ ignaris imponerent: ut conſtat ex laudatis Legibus.

14 Quæ in ultimis voluntatibus, eadem & in contractibus ſunt conſtituta. In his ſemper id, quod actum eſt, quæritur, nempè quid ſenſerint contrahentes, cùm inter ſe contrahendo convenerunt. In *l. quod Celſus 6. §. 1. ff. de contr. empt. In emptis enim, & venditis, potius id quod actum, quàm id, quod dictum ſit, ſequendum eſt.* In *l. ult. ff. de heredit. vel act. vend. Imo ſemper quæritur in ea re, quod actum fuerit.* In *l. fiſtulas 78. in princ. ff. de contr. empt. Apparere id actum eſſe, ut id quoque accederet, licet ſcriptura non continetur. l. cum manu ſata 80. §. ſilva ff. eodem. Servium reſpondiſſe, primum ſequendum eſſe, quod appareret actum eſſe.* In *l. dotis 7. §. ſi uſusfructus ff. de jur. dot. Celſus libro decimo digeſtorum ait intereſſe, quid acti ſit, &, ſi non appareat, aliud actum, putare ſe &c.* Similia exempla ſunt in *l. qui uſumfructum 36. §. Si ſtipulatus ff. de uſufr. in l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend.* in *l. id quod 7. ff. de pericul. & comm. rei vend.* in *l. In lege 77. ff. de contr. empt.*

15 Animadvertendum tamen eſt, quod in laudatis Legibus ſcriptum non repugnabat voluntati contrahentium, adeoque non erat controverſia, ſcriptone, an voluntate ſtandum eſſet. Aut enim nihil erat dictum à contrahentibus de re controverſa, & tunc utique ſpectanda eſt voluntas contrahentium: aut ſi non appareat, ſecundum jus eſt reſpondendum, ut fit in pleriſque ſuperiorum Legum. Aut verba erant ambigua, & tunc ſemper ad voluntatem contrahentium traducenda ſunt *l. in ambiguis 96. l. in obſcuris 114. ff. de reg. jur. l. ubi eſt verborum 21. ff. de reb. dub.*

CAPUT XIX.

Ad eamdem L.

SUMMARIUM.

1 In voluntate ambigua verbis claris inhærendum. Voluntas quando ſit ambigua

2 Non poteſt haberi ratio ejus, quod quis vult, niſi id dixerit.

3 A ſcripto recedere ex conjecturis valdè periculoſum, & propè infinitum n. 4.

5 In voluntate manifeſta, verbis ſtandum non eſt, niſi perſpicua ſint.

6 Exemplum voluntatis manifeſtæ & verborum ambiguorum in l. librorum. § quod tamen Caſſius ff. de leg. 3. & in l. Divus ff. de uſ. & habit. n 7.

8 Plura ambigui genera.

9 In iis, quibus vocabula hominum arbitrio indita ſunt, uſum & voluntatem diſponentis ſequimur.

10 Conciliatur l. Labeo 7. §. Servius. ff. de ſupellect. leg. cùm l. 8. ff. eod.

11 Explicatur l. Proculus 19. ff de uſufr.

12 Si plus dictum, minus ſcriptum ſit, attenditur potius dictum, quàm ſcriptum. Aſſerunt exempla n. 13. 14.

15 Sed ſi quod minus ſcriptum eſt, pertineat ad ſubſtantiam diſpoſitionis, hoc attenditur: & ſi diſpoſitio deficiat, neutrum attenditur.

16 In fideicommiſſis ſpectatur potius voluntas, quàm verba.

17 Et in conditionibus.

EXpoſitis argumentis in utramque par- 1
tem, modò ſupereſt diſquirendum, quæ ſententia tenenda ſit, quæque ſit maximè conſentanea veritati. Ego, ſi quid hac in re poſſum arbitrari, ſic ſtatuo.

Prima ſit regula. *Quoties verba clara ſunt, & voluntas ambigua: verbis eſt inhærendum, nec voluntas in diſquiſitionem vocanda.* Et hoc eſt, quod ait Paulus in *l. ille aut ille 25. ff. de leg. 3. Quum in verbis nulla ambiguitas eſt, non debet admitti voluntatis quæſtio.* Utinam hoc noſtri judices obſervarent, quantum multitudo litium minueretur? quot

controverſiæ facillimè dirimerentur? Hinc ſeges uberrima cavillationum, diſceptationum, contentionum forenſium, quæ in infinitum progrediuntur, quæ non ſolùm emungunt, ſed etiam exoſſant miſeros litigantes. Gravis morbus, & in dies ingraveſcens: nulla enim poteſt adhiberi medicina, quia maximum in foro verſantibus affert emolumentum. Cùm dixi voluntatem ambiguam, non id volui dicere, ſcripto inhærendum ſolummodo, cùm incerta eſt, & obſcura voluntas: ſed etiam quandocumque non eſt manifeſta, nec adeo perſpicua, ſicut ipſa verba. Et hoc eſt, quod rectè præcipit Marcellus in *l. non aliter 68. ff. de leg. 3. Non aliter à ſignificatione verborum recedi oportet, quam cum manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem.* Ut à verbis recedatur, non ſufficit, ut de voluntate poſſit diſputari, ſed oportet eam eſſe manifeſtam. Si manifeſta non ſit, ſi levibus conjecturis nitatur, non eſt audiendus, qui verba cavillatur, & rem perſpicuam vocat in diſceptationem: non eſt admittenda voluntatis quæſtio. Et huc pertinent *l. 4. in princ. ff. de leg. 1. l. Labeo 7. §. 1. ff. de ſupell. leg. l. ſi alii 19. ff. de uſufr. leg. l. non eſt ferendus ff. de tranſact.* & aliæ, quas ad probandam primam opinionem expoſuimus in ſuperior. Eleganter Cicero *de invent. Nihil eos, qui judicant, niſi id, quod ſcriptum ſit, ſpectare oportere*: & hoc eo magis, ſi legitimum ſcriptum proferatur, id eſt, aut lex ipſa,
2 aut ex lege aliquid. Hujus autem multiplex eſt ratio. Prima, eaque potiſſima, quia non ſufficit teſtatorem voluiſſe aliquid, niſi hoc in teſtamento dixerit *l. quidam 46. ff. de hæred. inſtit.* Igitur nulla poteſt haberi ratio voluntatis, quoties aliud dixit in teſtamento: etiamſi enim aliud voluerit, tamen cùm id non dixerit, quia id verba non ſignificant, quo ad id, quod voluit, deficit diſpoſitio *l. 3. ff. de rebus dub. l. Labeo 7. in fin. ff. de ſupell. leg.* ac propterea voluntas illa in mente retenta nullum habet effectum.
3 Altera, quia valde periculoſum eſt, à ſcripto recedere. Plerumque enim nec id quod ſcriptum eſt, ſequimur, nec id, quod voluit teſtator. Conjecturæ enim admodum fallaces ſunt, eæque numquam venerunt in mentem teſtatori. Itaque cùm volumus mentem retruſam teſtatoris indagare, ab ea quam longiſſimè recedimus. Optimè Cornif. *ad Heren. lib. 2. Deinde oſtenditur, quàm periculoſum ſit à ſcripto recedere.* Cic. *de Clar. orat. Quàm captioſum eſſet populo, quod ſcriptum eſſet, negligi, & opinione quæri voluntates, & interpretatione diſertorum, ſcripta ſimplicium hominum pervertere.* Pervertunt ſcilicet voluntates defunctorum, cùm verba quæ certa ſunt atque perſpicua, repudiant: voluntatem, quæ dubia eſt, & in occulto latet, conſectantur. Incerta certis, obſcura perſpicuis anteponunt. Sapienter M. Tullius *in partit. Cur, cùm ea quæ planè ſcripta ſint, neglexit; quæ numquam ſcripta ſint, proferat.* Nimirum ex judicibus conjectores, & vaticinatores fiunt alienæ voluntatis: quo fit, ut ſæpenumero, quo diligentiùs odorari curant, quid teſtator voluerit, eò longiùs aberrent ab ejus voluntate.

Adjungitur tertia ratio: quia id prope in- 4
finitum, nulliſque reſtrictum legibus imperium tribuit pro ſuo arbitrio judicandi, ut animadvertit Cic. *de invent. lib. 2. n. 28. ed. Gothofr. Eos, qui judicent, certum, quod ſequantur, nihil habituros, ſi ſemel à ſcripto recedere conſueverint.* At verò, quod ſanè deplorandum eſt, non ſolùm jamdiu conſueverunt, ſed etiam omnes fere cauſas, ad conjecturales redegerunt: adeoque nullis vinculis in judicando coërcentur. Conjecturas enim quilibet tanti æſtimat, quanti placuerit: plena enim ſunt omnia diſputationibus Juriſconſultorum de ſingulis conjecturis acerrimè diſceptantium, leveſne ſint, & imbecilles, an fortes, ac vehementes; & quàm magnus earum cumulus eſſe debeat, ut animum judicis permovere poſſit, ac ſuadere. Immenſum eſt conjecturarum pelagus, in quo enavigando quilibet judex à proprio ingenio profectam cynoſuram ſpectat, & contuetur. Sed hæc ratio, quantum conjectura poſſum augurari, nullam in animis judicum

Digitized by Google

habebit vim perſuadendi. Itaque ad ſecundam regulam progrediamur.

5 Altera regula ſit. *Si verba non ſint perſpicua, nec unam tantum rem ſignificent; ſit autem manifeſta voluntas, non verbis, ſed voluntate ſtandum eſt.* Traditur hæc à Marcello in *L. non aliter 69. in princ. ff. de leg. 3. Non aliter à ſignificatione verborum recedendum eſt, quam cùm manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem.* Requirit JC. manifeſtam voluntatem teſtatoris, ut poſſimus recedere à ſignificatione verborum. Manifeſtiſſimam requirit Imperator noſter in *L. 3. C. de liber. præter. Cùm enim manifeſtiſſimus eſt ſenſus teſtatoris, verborum interpretatio nuſquam tantum valeat, ut melior ſenſu exiſtat.* Animadvertendum autem eſt, hic verba exhæredationis non fuiſſe uſque adeo clara, ut non indigerent interpretatione: quoties igitur neceſſaria eſt in verbis interpretatione, & manifeſtiſſimus eſt ſenſus teſtatoris, hic præferendus eſt verbis. Præterquam quod in ſpecie hujus Legis ſenſus teſtatoris apparebat ex ipſis verbis: licet enim teſtator perſpicuè non dixiſſet: *Filius meus exhæres eſto*: quæ ſunt propria exhæredationis verba *L. 1. ff. de liber. & poſt.* ſed tamen uſus fuit verbis idem ſignificantibus: *Filius meus alienus meæ ſubſtantiæ fiat*: nam & ſubſtantiæ nomen ſignificat hæreditatem *L. cogi in princ. ff. ad SC. Trebell.* à qua ipſum manifeſtè repellit teſtator illis verbis *alienus fiat*, quibus ab eo alienat hæreditatem, hoc eſt, exhæredat. Quamobrem non ſolùm hic verba non pugnant cum voluntate, ſed imo ex ipſis verbis colligitur manifeſta teſtatoris voluntas.

6 His probè conſtitutis, facilè explicantur Leges, quæ pro voluntate contra ſcriptum proferuntur in quibus ſemper ambigua verba proponuntur. In *l. librorum 52. §. quod tamen Caſſius ff. de leg. 3. Licet enim legatis libris membranæ puræ & chartæ puræ non contineantur, nec legatis chartis libri debeantur, tamen cùm in uſu libros plerique chartas appellent.* Dicto §. *quod tamen Caſſius*, hoc efficitur, ut verba illa ſint ambigua, adeoque voluntati ſtandum ſit. Obſerva autem verba quibus utitur Juriſconſultus: *niſi forte & hic nos urſerit voluntas*: urgentem & claram voluntatem deſiderat: veluti ſi chartas univerſas reliquerit, qui nihil aliud quàm libros habebat, Studioſus Studioſo. Illud etiam velim obſerves, quod ei non ſufficit quorumdam uſus, ſed deſiderat uſum pleroſrumque. Vide quàm multa requirat, ut à propria verborum ſignificatione recedat. Planè veriſſimum eſt, quod à pleriſque libri vocantur chartæ. Catull. *ad Mam. 69. Sed dicam vobis, vos porro dicite multis Millibus, & facite hæc charta loquatur anus.* Indicat ſuum libellum, de quo dixerat in *ep. 1. Plus uno maneat perenne ſeclo.* Idem *de hiſtoria Cornelii Nepotis*, ejuſque breviloquentia eod. *ep. 1. Jam tum, cùm auſus es unus Italorum omne ævum tribus explicare chartis doctis, Juppiter, & laborioſis.* Virg. *ad Meſſal. Natura rerum magnis intexere chartis.* Cic. *pro M. Cælio. Chartæ quoque, quæ illam priſtinam ſeveritatem continebant, obſoleverunt.* Loquitur de libris Philoſophorum. Et Ovidius 3. *de Triſtib. eleg. 2. Nullus in hac charta verſus amare docet*, & Perſius quoque dixit *Satyr. 5. nocturnis impalleſcere chartis.* Et quidem rectè Etenim ut refert Plinius *lib. 3. cap. 11.* Veteres primùm in foliis arborum & palmarum ſcripſere, quo pertinet illud Virgilii *Æneid. 6. foliis ne carmina manda.* Deinde in quarumdam arborum libris: demum conditâ Alexandriâ uſus chartæ inventus, quæ ex papyro Ægyptiaca conficiebatur. Itaque liber ex corticibus arborum, charta ex papyro. Cùm autem tam in libro quàm in charta ſcriberetur, & idem prorſus eſſet utriuſque uſus, non mirum ſi chartæ pro libris, & libri pro chartis acciperentur. Eſt igitur utraque vox ambigua, atque ea propter voluntati ſtandum eſt. Nam in ambiguo ſermone non utrumque dicimus, ſed id tantùm quod volumus. *L. 3. in princ. ff. de reb. dub.*

In *l. Divus 22. ff. de uſu & habit.* utique cui legatus eſt uſus cæduæ, poteſt eam cædere & vendere, quid quoties uſus alicujus rei conſiſtit in abuſu, poteſt idem uſuarius ac fructuarius *l. 5. §. ult. ff. de* 7

uſufr. ear. rer. ubi ait Ulpianus. *Quæ in uſufructu pecuniæ diximus, vel cæterarum rerum quæ ſunt in abuſu, eadem & in uſu dicenda ſunt: nam idem continere uſum pecuniæ uſumfructum, & Julianus ſcribit & Pomponius libro octavo de ſtipulationibus.* Et in *l. quoniam* 10. §. 1. *ff. eod. ſi uſus tantum pecuniæ legatus ſit, quia in hac ſpecie uſus appellatione, etiam fructum contineri magis accipiendum eſt.* Eaque ratio eſt, quia niſi liceret pecuniam expendere & cæteras res, quæ uſu conſumuntur, conſumere, nullus eſſet earum uſus ſylvæ cæduæ, ſi non liceret legatario eam cædere & vendere, quod apertè nos docet Imperator Hadrianus in ea Lege illis verbis: *quia niſi liceret legatariis ſylvam cadere & vendere, nihil habituri eſſent ex eo legato. d. l. Divus* 22. *ff. de uſu & habit.*

Atque id eo magis eſt rationi conſentaneum, quod verbum *uſus* naturâ ſuâ generale eſt, & comprehendit etiam uſumfructum. Nam & fructuarius utitur re, in qua uſumfructum habet. Quamobrem aliquando uſus & uſusfructus promiſcuè accipiuntur. Cic. *in Topic. in princ. Non debet ea mulier cui vir bonorum ſuorum uſumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare id ad ſe pertinere: uſus enim non abuſus legatus eſt.* Lucretius *lib.* 3. quoque uſum dixit vitæ nos habere, licet vita non ſolum utamur, ſed etiam fruamur. *Vitaque mancipio nulli datur, omnibus uſu.* Et Cicero *in Tuſcul.* vitam nos utendam ait accepiſſe. Et de *nat. Deor. lib.* 2. *Quod ſi omnes mundi partes ita conſtitutæ ſunt, ut neque ad uſum meliores potuerint eſſe, neque ad ſpeciem pulchriores, mundi partium non ſolùm habemus uſum, ſed etiam fructum.* Et 4. *in Verr. Quæ bona is qui teſtamentum fecit, huic Heraclio, antequam eſt mortuus, omnia utenda poſſidenda tradiderat.* Imo quod Ulpianus in *l. ſi habitatio* 10. §. 1. *ff. de uſ. & habit.* ait, ſed ſi χρῆσις ſit relicta, an uſus ſit, videndum, & Papinianus libro reſponſorum ait uſum eſſe, non etiam fructum relictum. Contra Cic. *lib.* 7. *epiſt.* 30. cum Curius ad eum in ſuperiore epiſtola ſcripſiſſet: ſum enim χρήσει μεν tuus κτήσει δε Attici noſtri, reſpondit, *Atticum noſtrum cujus quando proprium te eſſe ſcribis mancipio & nexu meum autem uſu & fructu, contentus iſto ſum.* χρῆσιν interpretatus eſt, uſum, & fructum. Eadem ratione in legibus duodecim tabularum. de quibus idem Cicero pro *Cæcin.* 54. *Lex uſum & auctoritatem fundi jubet eſſe biennium.* Quo pertinet illud Horat. in *ſermon.* 2. *lib.* 2. *Quædam, ſi credis conſultis, mancipat uſus.* Hinc à noſtris uſucapio eſt appellata, quod uſu dominium acquiratur. Verumtamen qui uſucapit, non tantum habet uſum rei quam uſucapit, ſed etiam fructum. Quid? quod aliquando nomen uſus etiam dominium & proprietatem comprehendit, ut in *l. ult. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.* in *l. donationes* §. *ſpecies ff. de donat.*

Hic autem opportunè eſt animadverten- 8
dum, plura eſſe ambigui genera. Ambiguum enim aliquando naſcitur ex diſpoſitione verborum: quemadmodum illud eſt, quod à M. Tullio proponitur in libro 2. *de invent.* & à Cornific. *lib.* 1. *Hæres meus uxori meæ vaſorum argenteorum pondo centum, quæ volet, dato*: ubi verba illa *quæ volet*, & ad uxorem & ad hæredem referri poſſunt. In hoc ambiguo ſemper voluntati teſtatoris ſtandum eſt: neque enim hìc voluntas cum ſcripto pugnat, neque ab eo diſſentit: atque ideò interpretatione & ſcriptum voluntati, & voluntas ſcripto eſt accommodanda, ut neutrum ab altero diſſentiat. Aliquando ambiguum naſcitur ex aliquo verbo quod in duas pluresve ſententias trahi poteſt. Et hoc meo judicio duplex eſt. Nam aut verbum ambiguum duas habet ſignificationes, & à ſcriptoribus communiter aut ab uſu populari in utraque ſignificatione æquè ſolet accipi: & in hoc ambiguo ſolùm de voluntate proferentis eſt quærendum. Etenim in hoc quoque non diſcrepat à ſcripto voluntas, quia teſtator id voluit quod verbum ſignificat, licèt in alia quoque ſignificatione accipi poſſit *l. in ambiguo ff. de reb. dub.* aut verbum ſecundùm propriam ſignificationem, & uſum communem certam rem demonſtrat, ac deſignat: ſed tamen inſpectâ primævâ ejus origine ac ſignificatione, poteſt plura compre-

hendere, ut in ſuperioris legis explicatione in verbo *uſus* evenire diximus: & tunc, ut verbum illud juxta primævam, ac generalem ſignificationem interpretemur, manifeſtam, & indubitatam voluntatem teſtatoris requirimus *l. non aliter 69. ff. de leg* 3. Diſcrepat enim à ſcripto voluntas, aliud verba præ ſe ferant. Quod ſi verbum trahi non poſſit in eam ſententiam, quam præ ſe fert voluntas ſcribentis, tunc utique ſcripto ſtandum eſt, ut perſpicuè probant omnes leges, quas pro ſcripto expendimus in ſuperiore.

9 Duas alias leges explicemus. In *l. inter veſtem* 33. *ff. de aur. & arg. leg.* ideo voluntas & uſus teſtatoris attenditur, quia veſtis virilis à muliebri ſolo uſu differt. Muliebris enim veſtis dicitur, quæ matrisfam. cauſâ eſt comparata, quâ vir non facilè uti poteſt ſine vituperatione: virilis, quæ ipſius patrisfam. cauſâ comparata eſt *l. veſtis* 24. §. 1. *ff eod.* Quamobrem ſi paterfam. ſui ipſius cauſâ veſtem paraverit, eâque domi utatur tamquam virili, liceteâ ſoleant uti mulieres, illa quoad teſtatorem eſt veſtis virilis. Domi enim etiam ſine vituperatione poteſt quilibet uti eâ veſte, qua voluerit: ac propterea Quinctus Mucius referebat, ſcire ſe quemdam Senatorem muliebribus cænatoriis uti ſolitum *d. l. inter veſtem.* itaque veſtis illa cùm ex deſtinatione, tum ex uſu teſtatoris in virilem quodammodo eſt transformata: propterea & voluntatem & uſum teſtatoris ſequimur *l. ubi eſt ambiguitas ff. de reb. dub. l. ſervus* 50. §. *ult. ff. de leg.* 1. nec tamen à verbis recedimus, cùm ea ad hanc ſignificationem detorſerit uſus, & deſtinatio teſtatoris. Hæc enim vocabula hominum arbitrio indita ſunt, nec immutabilia ſunt, ut rerum vocabula *l. 4. ff. de leg.* 1. *l.* 7. §. 1. *ff. de ſupell. leg. l. ſi cui ædes* 31. *ff. de leg.* 3.

10 Ex his dirimi poteſt controverſia inter Servium, & Modeſtinum, quorum ille in *l. Labeo* 7. §. *Servius ff. de ſupell. leg.* aiebat legato ſupellectilis non contineri argentum eſcarium, etiam ſi teſtator hoc adſcribere ſupellectili ſolitus fuiſſet: hic autem in *l.* 8. *eod.* ait contineri, ſi de hoc etiam teſtator ſenſerit. Etenim animadvertendum eſt; quod conſideratâ veterum Romanorum parſimoniâ, & frugalitate, qui fictili, aut ligneâ, aut vitreâ, & æreâ ſupellecti utebantur *l. Labeo* 7. §. 1. *ff. de ſupell. leg.* argentum eſcarium & potorium ſupellectilis appellatione non continebatur, ſed argenti nomine *l.* 1. *l.* 3. §. *nec intereſt l.* 7. §. 1. *ff. de ſupell. leg.* Certè Cicero ſupellectilem ſemper diſtinguit, ac ſeparat ab argento. *Lib.* 11. *ad Attic. ep. ult. Te oro, ut in perditis rebus, ſi quid cogi, conficique poteſt, quod ſit in tuto, ex argento, neque ſatis multa ex ſupellectile, des operam.* Et in *Verr. Lib.* 2. *ſtudioſus hæc compararat, ſupellectilem ex ære elegantiorem, & Deliacam & Corinthiam: tabulas pictas: etiam argenti bene facti, prout Thermitani hominis facultates ferebant, ſatis.* Poſtea vero Aſiæ deliciis priſca ſeveritate mitigata, luxuque gliſcente invaluit uſus argenteæ ſupellectilis, & etiam argentum eſcarium & potorium ſupellectili cœpit adnumerari. Nec perperam meo judicio. Nam vaſa eſcaria & potoria ſupellectilis ſunt. *l.* 3. §. *vitrea l. vaſa ff de ſupell. leg. Paul. lib.* 3. *ſentent. tit. de legat.* §. 70. *Horat. Serm.* 6. *lib.* 1. *vilis cum patera guttus Campana ſupellex.*

Quidni igitur & vaſa argentea ad edendum, bibendumque comparata ſupellectili adſcribantur, poſtquam increbuit conſuetudo ea ex argento conficiendi? Etenim ſpeciem potiùs rerum, quàm materiam intueri oportet, ſupellectilis potiùs, an argenti, an veſtis ſint *l.* 7. §. 1. *in fin. ff. de ſupellect. leg.* Itaque Paulus *Lib.* 4. *ſentent. tit. de legat.* §. 67. ſine ulla hæſitatione hæc vaſa ad ſupellectilem adſcripſit. Ibi: *ſupellectile legata capſæ, armaria, non ſolùm librorum, aut quæ veſtis ponendæ gratiâ parata ſunt, debentur: ſed & byſſina, & cryſtalla, & argentea, & vitrea vaſa tam eſcaria, quàm pocularia, & veſtes ſtratoriæ legato cedunt.* Locus valde corruptus. Viri docti emendant, & quidem meo judicio rectiſſimè. *Non quæ ſolùm librorum avi veſtis ponendæ gratiâ parata ſunt*: ne Paulus à ſe ipſo diſſentiat, qui in *l.* 3. §. *præterea ff. de ſupell. leg.* contarium ſcripſit. Fortaſſe etiam librarius omiſit verbum *quæ* poſt

poſt particulam *non*, cùm iterum eſſet adjectum poſt verba, *aut quæ*, ne bis idem verbum repeterer: ideoque ita legi poteſt: *non quæ ſolùm librorum, aut quæ veſtis &c.* quod eſt elegantius. Ac ſi nihil mutare placeat particula *non* erit referenda ad verbum *ſolùm*. Emendant etiam verbum *byſſina*, quod nullum idoneum ſenſum habet, & mutant in *murrina* aut *buxina*, hoc eſt, ex buxo fabrefacta. *Murrina* magis placet: quæ cum cryſtallinis conjunxit idem Paulus in *l. 3. §. de murrinis ff. de ſupellect. leg.* Eſt enim maximè conveniens, ut quæ magni pretii ſunt, & de quibus dubitatur, ſimul jungantur, ut ſunt murrina, cryſtallina, argentea, de quibus pertractatur etiam in laudata *l. tertia.*

Quantùm ad rem noſtram pertinet, propter communem populi uſum, qui ſupellectili adſcribit etiam vaſa argentea ad edendum & bibendum parata, ambiguum naſcitur, utrum argento, an ſupellectile contineantur; in ambiguo autem voluntas teſtatoris ſpectanda eſt, ut diximus. Ideoque Modeſtinus in laudata *l. quidam 8. ff. de ſupell. leg.* ait, hæc quoque deberi, ſi de his quoque teſtatorem ſenſiſſe probatum fuerit: quemadmodum de candelabro argenteo reſpondit Paulus in *l. 3. in fin. ff. eodem.* Tempore autem Servii, cùm nondum increbuiſſet uſus argenteæ ſupellectilis, nec eo tempore error jus faceret, verbis non voluntate ſtandum erat. Porrò Modeſtinus fortaſſe lautitiam luxumque Romanorum moroſè faſtidiens non facilè adducebatur, ut argentum eſcarium & poculariuum ſupellectili adſcriberet voluntas teſtatoris, quod facilè Paulus multò idulgentior admiſerat.

11 Supereſt explicanda *l. Proculus ff. de uſur.* à noſtris interpretibus maximè vexata. Omitto eos, qui putant in legato ibi propoſito ſolum uſumfructum contineri, quorum ſententiam non improbo. Sed ne à communi opinione recedamus, quæ verbis Legis eſt magis conſentanea, dicendum eſt, ibi proprietatem legatam videri, hoc eſt, non ſolùm uſumfructum inſulæ, ſed ipſam inſulam, non vi ſolius verbi *uſusfructus*, nec ex vi ſolius voluntatis aliis verbis non ſignificatæ Extenditur quidem legatum uſusfructus ad totam inſulam ex voluntate teſtatoris: Sed hæc voluntas non ex conjecturis ex interpretum mente prognatis colligitur, ſed ex verbis, & toto complexu diſpoſitionis indubitanter apparet. Teſtator enim adjiciendo conditionem illam: *quoad altius, quam uti nunc ſunt, ædificatæ non erunt*; apertè declaravit, ſe legare etiam proprietatem: hæc enim conditio impleri non poteſt, niſi legato etiam proprietas contineatur. Etenim ſi proprietas illatum ædium non ad legatarium, ſed ad heredem pertineret, non poſſent ædes illæ ſervitutem altius non tollendi debere aliis ædibus heredis, cùm res ſua nemini ſerviat. *l. uti frui ff. ſi uſufr. petat. l. in re communi ff. de ſervit. urban. præd.* Itaque conditio adjecta afficit, ut voluntas tranſeat in diſpoſitionem. Licet enim conditio non diſponat *l. ſi quis ſub conditione 8. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam.* tamen habet vim declarandæ voluntatis, & ſecundùm eam extendendæ, vel adſtringendæ diſpoſitionis. Optimum exemplum in *l. denique Pegaſus 8. §. interdum ff. de pecul. leg. Interdum*, inquit, *ſi non ſit legatum peculium, velut legatum ſic accipitur.* Id efficit adjecta conditio, quam ſubjicit. Teſtator enim ſervo libertatem dederat: de peculio nihil dixerat: ſed legato libertatis conditionem adjecerat: ſi rationes reddidiſſet & centum heredibus intuliſſet. Imperator ex eo, quod teſtator juſſerat, ſervum ex peculio centum inferre, reſcripſit etiam peculium legatum fuiſſe. Aliud exemplum in *l. ſpecies 15. ff. de aur. & arg. leg.* ubi Scævola: *ſpecies argenti legavit Seja: & ab ea petiit in hæc verba: à te Seja peto, ut quicquid tibi ſpecialiter in auro, argento legavi, id, cùm morieris, reddas, reſtituas illi & illi, vernis meis, quarum rerum uſusfructus, dum vives, tibi ſufficiet. Quæſitum eſt, an uſusfructus auri, & argenti ſolus legatariæ debeatur: reſpondit, verbis, quæ proponerentur, proprietatem legatam, addito onere fideicommiſſi.* Obſervandum eſt, quod proprietas etiam legato continetur, & quidem non ex ſola voluntate teſtatoris, ſed ex verbis, ut ait Scæ-

vola, quia non poteſt reſtituere, niſi id ſit conſequtua. Uſusfructus autem facile trahit ad ſe proprietatem, & cum ea commiſcetur, & ut aïunt noſtri, cum ea conſolidatur. Elegans eſt Ciceronis reſponſum in *epiſt.* 30. *lib.* 7. *cujus quando proprium te eſſe ſcribis mancipio & nexu, meum autem uſu, & fructu: contentus iſto ſum: id enim cujuſque eſt proprium, quo quiſque fruitur, atque utitur.*

Ad tertiam regulam progrediamur. Ea ſit
12 hujuſmodi. *Quando plus dictum, minus ſcriptum eſt, attenditur potius dictum, quàm ſcriptum.* Evenit hoc primùm, quando teſtator aliquid dixit; teſtamentarius, vel etiam ipſe teſtator per errorem minus ſcripſit. Quemadmodum relatum eſt in *l. quoties* 9. *§. ſed ſi* 2. *cùm ſeqq ff de hered. inſt.* Ibi: *ſi cùm dictaſſet ex ſemiſſe aliquem ſcribi, ex quadrante ſit ſcriptus, poſſe defendi ex ſemiſſe heredem fore, quaſi plus nuncupatum ſit, minus ſcriptum: idemque eſt, etſi ipſi teſtator minus ſcribat, cùm plus vellet adſcribere. Sed etſi majorem adſcripſerit teſtamentarius, vel (quod difficilius eſt probatione) ipſe teſtator, ut pro quadrante ſemiſſem; Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam ineſt quadrans in ſemiſſe, quam ſententiam & Celſus probat*, in *l. qui quartam* 15. *ff. leg.* 1. *Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam ſcripſit: Proculus rectè ait poſſe defendi quartam legatam, quia ineſſet dimidiæ. Idem erit, etſi quinquaginta voluit legare, & centum ſcripta ſint, quinquaginta enim debebuntur: ſed & ſi plus legare voluit, minus ſcripſit: valebit legatum.*

13 Secundò, quando teſtator omiſit quædam verba, quæ ad complendam orationem neceſſaria videntur, ut in *l.* 1. *§. ſi autem & duob. §§. ſeqq. ff. de heredum inſt. l. errore C de teſtam.* Etenim quod deeſt aut ex verbis antecedentibus, & ſubſequentibus ſuppletur iis ad communionem aſſumptis, ut ait Papinianus in *l. cùm pater* 77. *§. eum imperfecta* 22. *ff. de leg.* 2. & *l. unum ex familia* 61. *§. ſi omiſſa ff. eod.* aut ſuppletur à lege, ut in laudata *l.* 1. *§. ſi autem ff. de hered. inſt.* & in *l. errore C. de teſtam.* Lex enim plerumque etiam imperfectam ſcripturam probat, maximè in fideicommiſſis, in quibus etſi verba fideicommiſſi deſint, tamen pro fideicommiſſo accipit. *l. unum ex familia §. ult. ff. de leg.* 2. Ibi: *Et ideo Princeps providentiſſimus, & juris religioſiſſimus cùm fideicommiſſi verba ceſſare animadverteret, eum ſermonem pro fideicommiſſo reſcripſit accipiendum. l.* 2. *§ & nemo moriens C. comm. de legat. l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *Etenim in cauſa fideicommiſſi, utcumque precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti l.* 2. *C. de his, quæ ſub modo leg.* ad quam intelligendam ſciendum quod verbo *relinquo* neque legatum, neque fideicommiſſum inducebatur: non legatum, quia directum verbum non erat; non fideicommiſſum, quia nec erat precarium. *Paul. lib.* 4. *ſent. tit.* 1. *de fideicomm.* §. 10. *Relinquo vero & commendo, nullam fideicommiſſi pariunt actionem.* Veruntamen, ſi conſtet de voluntate teſtatoris, etiam verbum *relinquo* inducit fideicommiſſum aut legatum, ut in *l. Lucius* 78. *§. filiam* 8. *ff. ad SC. Trebell. Ducentos aureos relinquo, quo legato ſcio illum contentum eſſe.* Verba illa *quo legato* &c. certo demonſtrant voluntatem teſtatoris legatum relinquere volentis. Sic & in *l. Pamphilo* 36. *in pr. ff. de legat.* 3: proponitur, teſtatorem ita ſcripſiſſe: *Scio omnia, quæ tibi, Pamphile, reliquo ad filios meos perventura, cùm affectionem tuam circa eos benè perſpectam habeam.* Reſpondetur, *non videri quidem, quantùm ad verba teſtatoris pertinet, fidei commiſſum Pamphili, ut centum reſtitueret, ſed cùm ſententiam defuncti à liberto decipi ſatis inhumanum eſt, centum ei relictos filiis teſtatoris debere reſtitui, quia & in ſimili ſpecie Imperator noſter Divus Marcus hoc conſtituit.* Marci reſcriptum à Papiniano relatum eſt in *l. unum ex familia, §. item Marcus ff. de leg.* 2. Non eadem eſt ratio, ſi dixerit teſtator: *puto te conſequuturum*: hæc enim verba fideicommiſſum non inducunt *l. generali* 32. *ff. de uſu, & uſufr. leg.* verba *ſcio, non dubito*, cùm certam ac deliberatam voluntatem teſtatoris demonſtrent, licèt non ex natura ſua, tamen ex legis interpretatione fideicom-

Digitized by Google

miſſum inducunt d. *l. unum ex familia* 67. *§. ult. ff. de leg.* 2. verùm *puro*, cùm opinionem tantummodo præ ſe ferat, non inducit *d. l. generali.* Idem reſcriptum eſt de verbo *commendo* in *l. ex verbo C. de fidei-comm. libert.* ne quidem favore libertatis *l. quoties C. famil. ercisc. l. Thais. §. Lucius Titius*, 6. *ff. de fideic. libert.* ubi plura alia concurrebant verba, quibus videbatur conſtare de voluntate teſtatoris: nihilominus reſpondit Scævola non neceſſitatem hæredibus impoſitam, ſed arbitrium permiſſum. Rectè, quia verbum *commendo* non obligat *l. ult. C. quod cùm eo, qui in al. pot. l. ſi vero*, 2. *§. cum quidam*, 2. *ff. mand.*

14 Tertiò, cùm lex ipſa præſumit plus dictum, minus ſcriptum, ut in celeberrimo reſponſo Papiniani in *l. cùm avus ff. de cond. & demonſtr.* Tunc autem nulla verba ſunt neceſſaria. Neque enim ex interpretatione verborum, ſed ex conjectura pietatis à lege ſuppletur, quod minus ſcriptum eſſe præſumit: *fideicommiſſi conditionem conjecturâ pietatis reſpondi defeciſſe, quòd minus ſcriptum, quàm dictum fuerat, inveniretur.*

15 Superior regula exceptionem habet: *Si quod minùs ſcriptum eſt, ad ſubſtantiam diſpoſitionis pertineat, quod minus ſcriptum eſt, attenditur, non quod magis dictum, &, ſi deficiat diſpoſitio, neutrum attenditur.* Exempla proponuntur ab Ulpiano *in l. quoties* 9. *ff. de hæred. inſtit.* Si teſtator alium hæredem ſcribere voluit, alium ſcripſit, neuter hæres erit: non, quem voluit, quia non ſcripſit: non, quem ſcripſit, quia non voluit: ſi quis lancem legare volens, veſtem legaverit, neque lanx debetur, quia non legavit, neque veſtis, quia legare noluit. Si voluit inſtitutioni conditionem inſerere, & non inſeruit, nulla eſt inſtitutio, quia inſtitutus nec purè hæres eſſe poteſt, quia teſtator noluit, nec ſub conditione, quia non ſcripſit. Omiſſa conditio à lege non ſuppletur: adjecta detrahitur. Facilius lex detrahit aliquid, quàm adjiciat. Sic etiam ab inſtitutionibus detrahit certum tempus adjectum, & ab omnibus ultimis voluntatibus detrahit impoſſibiles conditiones *§. hæres* 9. *cum ſeq. inſt. tit. de hered. inſtit.*

Quarta regula, quam conſtituimus. *In fideicommiſſis voluntatem potius, quàm verba ſpectamus*: tradita eſt ab Imperatoribus in *l. cùm virum* 16. *in fin. C. de fideicomm. Sane quoniam in fideicommiſſis voluntas magis quam verba plerumque intuenda eſt.* & Marciano in *l. quiſquis* 95. *in fin. ff. de leg.* 3. *Voluntatem præterea defuncti, quæ maximè in fideicommiſſis valeret, ei ſententiæ ſuffragari.* Exempla attulimus modò in explicatione ſuperioris regulæ, ex quibus etiam conſtat, cur Imperatores adjecerint *plerumque*, & Juriſconſultus *maximè*: quia non ſemper id obtinet, ut apparet ex laudatis exemplis. Ratio autem, quâ hæc regula nititur, ea eſt, quia fideicommiſſa etiam ſine verbis relinqui poſſunt, vel ſolo nutu *l. nutu* 21. *ff. de leg.* 3. *l. & in epiſtola C. de fideicomm.* 16

17 Quinta: *idem obtinet in conditionibus.* Ulpianus in *l. in conditionibus* 19. *ff de cond. & dem. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones.* Papinianus in *l. Pater Severianam* 101. *in princ. ff eod. cùm in conditionibus teſtamentorum, voluntatem potius, quàm verba conſiderari oporteat.* Exempla plura occurrunt. Primum in *l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi cui ita fuerit* 11. *ff. de leg.* 3. *Si cui ita fuerit fideicommiſſum relictum: ſi morte patris ſui juris fuerit effectus, & emancipatione ſui juris factus ſit, non videri defeciſſe conditionem.* Mors ad emancipationem extenditur, quia utraque filium liberat à patria poteſtate. Effectum, quem voluit teſtator, non verba quantumvis perſpicua, ſpectamus. Etenim teſtator illam conditionem adjecit, ut filio non patri legatum acquireretur, quod utro modo contingat, nihil intereſt. Itaque & conditio emancipationis ad mortem, imò & ad deportationem trahitur *l.* 3. *C. de inſt. & ſubſt.* Paulus *lib.* 4 *ſent. tit.* 16. *§.* 12. *In tempus emancipationis, vel cùm ſui juris erit fideicommiſſum relictum, quocumque modo patria poteſtate liberato debetur.* Et quidem ſtatim debetur, ſtatim enim cedit legati dies *l. ſi ita eſſet* 15. *ff. qu. d. leg. ced.* Aliud

exemplum proponitur ab Ulpiano in ea conditione: *ſi in tutelam ſuam venerit*: quâ conditione ſignificatur pubertatis tempus *l. cùm filioſam.* 50. *ff. de leg.* 3. Atque hæc eſt horum verborum ſignificatio apud Oratores, Cic. *de invent. lib.* 2. *& de clar. Orator.* ubi refert acerrimam in foro diſputationem inter Craſſum & Scævolam, cujus meminit etiam Quinctilianus *lib.* 7. *cap.* 6. Nihilominus tamen aliquando accipitur pro tempore, quo & pubes, & paterfam. erit: aliquando pro ætate vigintiquinque annorum, aliquando pro liberatione à morbo, propter quem curatorem habet *d. l. cùm filioſam. ff. de leg.* 3. Idem reſponſum fuit de conditione: ſi ſui juris fuerit factus, & in aliis, quæ proponuntur in eadem *l. cùm filioſam.* 50. §. *ſic autem cum ſeqq. uſque ad fin.* in quibus poſthabitâ ſignificatione verborum, id quod ſenſit, aut veriſimile eſt ſenſiſſe teſtatorem, attenditur. Adeo, ut etiamſi dixerit, cùm ad pubertatem pervenerit: id de ætate viginti quinque annorum ſit intelligendum, ſi de hac ætate teſtatorem cogitaſſe veriſimile ſit: veluti ſi hanc conditionem adjecerit ei qui jam pubes eſt *d. l.* 50. §. *ego quidem.* Sic etiam conditio: *ſi intra trigeſimum annum deceſſerit, hereditatem patruo reſtituat*: deficere dicitur, etiamſi intra trigeſimum annum deceſſerit, ſi quidem liberos reliquerit, de quibus nullam fecit mentionem teſtator *l. cùm avus* 102. *ff. de cond. & demonſtrat. l. cùm acutiſſimi C. de fideicomm.* Sed omnino ſingulare eſt quod dicitur in *l. talem* 51. *in fin. ff. de hered. inſt. Stichus, ſi meus erit, cùm moriar, heres eſto*: manumiſſus à vivo teſtatore nihilominus hæres eſt. Verba *ſi meus erit* interpretanda *ſi non fuerit alienatus*, quia ea teſtator adjecit, ut ſibi, non alteri hæreditatem acquireret.

CAPUT XX.

Ad l. 1. §. 1. *ff. de leg. præſtand.*

Summarium.

1 *Verba generalia generaliter intelligenda ſunt. Exempla afferuntur.*
2 *Tam in contractibus.*
3 *Quàm in ultimis voluntatibus.*
4 *Etiam adjectis ſpecialibus, quæ reſtringere poſſint, modò non repugnent.*
5 *Genus non reſtringit factum teſtatoris.*
6 *Neque locus.*
7 *Neque nomen ſingulare.*
8 *Verba generalia latius & anguſtius interpretarì poſſumus ex conjecturis.*
9 *Latius interpretamur ſi quid enumeretur, quod ad genus magis patens pertineat.*
10 *Vel ſi aliquid exceptum ſit ex latiore genere.*
11 *Anguſtius, ſi ſpecies adjiciatur, ipſa enim coarctat ad illud genus cui ſpecies ſubeſt.*
12 *Si genus ad ſpeciem referatur expreſsè, vel tacitè & n.* 13.
14 *Si actus inutilis eſſet, vel legis diſpoſitioni repugnaret.*
15 *Si lex diſponat.*
16 *Si teſtator deſtinaverit.*

Verba generalia generaliter eſſe intelli- 1
genda tradunt omnes: nam & id verborum ſignificatio exigit, & legum auctoritate confirmatur. Optimè Ulpian. in *l.* 1. §. 1. *ff. de legat. præſt. Generaliter autem parentes, & liberos prætor excepit: nec gradus liberorum parentumque enumeravit, in infinitum igitur eis præſtabitur.* Hoc quidem de edicto prætoris eſt traditum, ſed in omni diſpoſitione eadem eſt ratio. Genus enim ſingulas ſpecies continet, & qui de genere aliquid diſponit, id ipſum de ſingulis ſpeciebus diſpoſuiſſe cenſetur. *l. ſi chorus* 79. *in princ. ff. de leg.* 3. *l. Mævius* 66. §. *non idem ff. de leg.* 2. Ad hanc regulam explicandam exempla ſubjiciemus.

In *l. quicquid adſtringendæ* 9. *in princ. verſ.* 2
nec curſum. ff. de V. O. Quidam promiſerat ſtipulanti vaſa aut ſervos, conventus à creditore opponebat, ſe de certis vaſis, aut ſervis ſenſiſſe. Reſpondit Celſus, eum non eſſe ferendum. Stipulatio ſtricti juris eſt, nec in ea continetur, niſi quod palam verbis exprimitur *ead. l. in princ.* Conſtat igitur quòd genere nominato, ſingulæ ſpecies pro expreſſis habentur; adeoque continentur etiam cùm verba propriè, &, ut noſtri aïunt, in ſtricta ſignificatione ſunt accipienda.

Idem obtinet etiam in ultimis voluntati- 3
bus: adeo ut præſumatur cognitio eorum, quæ à lege requiruntur, ne recedatur à ge-

nerali verborum ſignificatione. Etenim de controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, tranſigi non poteſt, niſi inſpectis, cognitiſque verbis teſtamenti *l. de his 6. ff. de tranſact.* Ferendus tamen non eſt qui generaliter in his, quæ teſtamento ei relicta ſunt, tranſegerit, ſi poſtea cauſetur de eo ſolo ſe cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, ac non etiam, quod poſteriore legatum ſit. Qui primam partem teſtamenti inſpexit, totum inſpexiſſe præſumitur; non tamen præſumitur legiſſe codicillos *l. non eſt ferendus ff. eod.* Hinc in celebri quadam cauſa dicebam, non eſſe ferendum hæredem, qui, cùm legata in teſtamento relicta ſolviſſet, agebat ſe non legiſſe poſtremam teſtamenti partem, in qua fuerat à patre inſtitutus, adjecta prohibitione detractionis legitimæ & Trebellianicæ.

4 Imò etſi verba quædam ſpecialia generalibus adjecta ſint, quæ poſſint ea reſtringere, ſi commodè aliter poſſint interpretari, non obſunt verbis generalibus. Itaque ſi ſervi omnes cum peculio legati ſint, etiam ſi adjectio illa, *cum peculio* reſtringere poſſit legatum ad ſervos peculium habentes; tamen reſponſum eſt, etiam eos deberi, qui nullum peculium habent *l. ſi cùm ſervi 52. ff. de leg. 1.* Item legatis omnibus ancillis, & quod ex his natum erit; vel legata ancilla cum liberis; & ancilla ſola, ſi non ſunt liberi, & liberi, ſi non ſunt ancillæ, debentur: neque enim verba illa *cum liberis* reſtringunt legatum ancillarum, neque liberi acceſſionis causâ legati ſunt *l. ſi ancilla 62. cum ſeq. ff. de leg. 1.* Et quod magis eſt, ſi quis ita leget: *omnibus libertis noſtris cibaria præſtabitis pro arbitrio veſtro, non ignorantes, quos ex his charos habuerimus*, verba hæc adjecta legato generali, illud non reſtringunt ad eos libertos, quos charos habuit teſtator. Imò & ſi deinceps certos aliquos libertos nominatim commendet hæredi teſtator, nihilominus non his ſolis cibaria debebuntur, ſed omnibus, & arbitrium hæredis erit in ſtatuendo alimentorum modo *l. verba 5. ff. de alim. leg.*

5 Nec factum quidem teſtatoris legatum reſtringit. Quapropter ſi quis legaverit alicui ea, quæ vivus præſtabat, debetur etiam habitatio, licèt domum, in qua vivo teſtatore habitabat, alii legaverit *l. Sempronio 33. in princ. ff. de uſufr. leg.*

Nec locus quidem legato generali quicquam detrahit. Nam penu legata non solùm debetur penus, quæ in cænaculo eſt, ſed etiam, quæ in horreis *l. ult. ff. de pen. leg.* Imo & condimenta, in quibus edimus, debentur *l. 3. ff. eod.* 6

Nomen quoque ſingulare plures perſonas comprehendit. In *l. qui filiabus 17. §. 1. ff. de leg. 1.* Si qua filia mihi genitur, ei hæres centum dato; ſi plures genitæ fuerint, ſingulis centum debentur. Eadem ratione ſiquis ita legaverit, hæres meus dato, non ſolùm omnes hæredes primi gradûs, ſed omnes hæredum gradus comprehendit *l. ſi plures 98. ff. de leg. 3.* Minus hac de re dubitandum eſt, quando disjunctum diſponitur, veluti, *Titius, & Sejus, uterve eorum vivet, hæres eſto l. Titius 24. cum duabus ſeqq. ff. de hæred. inſtit.* vel, *Lucio & Titio eorumve, cui fundum lego l. ſi fundum 81. §. his verbis 8. ff. de leg. 1.* Nam evidens eſt tum utrumque, tum alterum eorum, ſi alter non vivat, eſſe comprehenſum. 7

Animadvertendum tamen eſt, quod plerumque genus & latius patere, & contrahi poteſt anguſtius. Tunc autem, cùm utrovis modo illud accipiamus, à verborum ſignificatione non recedamus, facilè ex conjecturis hanc, vel illam interpretationem amplecti debemus. Ac vehementer errant illi, qui huc referunt regulam traditam in *l. non aliter 69. in princ. ff. de leg. 3. Non aliter à ſignificatione verborum recedere oportet, quàm ſi manifeſtum eſt, aliud ſenſiſſe teſtatorem.* Ut enim verba ad alium ſenſum detorqueantur & impropriè intelligantur, manifeſtum eſſe debet, ita ſenſiſſe teſtatorem, ad quod probandum evidentes conjecturæ requiruntur, quia repugnat ſignificatio verborum. At verò ut verba generalia modo latius, modo anguſtius interpretemur, quælibet conjecturæ ſufficiunt, cùm verba non repugnent, nec ad alienum ſenſum ſint detor- 8

Digitized by Google

quenda. Itaque in §. 1. *ejuſdem legis* JCtus agens de interpretando legato generali, *omnes juvenes quos in miniſterio habeo*, ait ad notionem ejus, qui ea de re cogniturus eſt, id pertinere, cùm nihil certo definiri poſſit, quia plerumque abuſivè loquuntur teſtatores. Atque id uberius ac diſtinctius eſt explicandum.

9 Ad dilatandum genus duo ſolent eſſe in primis accommodata. Primùm, ſi aliquid fuerit enumeratum, quod ad genus latiùs patens pertineat. In *l. quiſquis* 95. *ff. de leg.* 3. Quidam hæredi præceperat, ut Titio reſtitueret, quantas ſummas dictaſſet. Verbum *ſummas* poteſt referri tum ad pecuniam numeratam, tum etiam extendi ad res corporales, & prædia, ut ibi probat Juriſconſultus. Sed cùm teſtator inter eas ſummas dictaſſet etiam quaſdam res corporales, dubitari non poteſt, etiam prædia complecti voluiſſe.

10 Secundò ſi aliquid ex illo genere ſummo fuerit exceptum, reliqua enim, quæ ſunt ejus generis, continebuntur. Optime Neratius *in l. quæſitum* 12. §. *Neratius* 3. *ff. de fund. inſtruct. Denique Neratius libro quarto epiſtolarum Marcello fratri ſuo reſpondit, & veſtem domûs inſtructæ legato contineri, maximè, inquit, in propoſita ſpecie; proponebatur enim, qui legaverat, argentum & rationes excepiſſe: nam, qui hæc, inquit, excepit, non poteſt, non videri de cæteris rebus, quæ in ea eſſent, ſenſiſſe.* Simile reſponſum habetur in *l. generali* §. *uxori ff. de uſufr. leg.*

11 Ad coarctandum autem genus idoneæ ſunt quamplurimæ conjecturæ. Ac primùm licèt ſpecies expreſſa non ſoleat minuere legatum, ſed ex abundanti adjecta intelligatur *l. quæſitum* §. *Si quis fundum penult. ff. de fund. inſtruct.* quia genus ad ſpeciem redigi non poteſt repugnante verborum ſignificatione, à qua recedendum non eſt *l. non aliter ff. de leg.* 3. tamen ſpecies adjecta coarctat genus non ad ſolam ſpeciem expreſſam, ſed ad illud genus, cui ſubeſt illa ſpecies. Efficit enim, ut ſimilia expreſſis tantummodo contineantur. Exemplum animadverſione, ac notatione digniſſimum habemus in *l. & mulieri* 15. *ff. de curat. furioſ.* ubi Paulus ait, quod furioſus in bonis ſui curatoris habet privilegium exigendi, ſubdit deinceps: *prodigus, & omnes omnino in bonis curatoris decreto privilegium conſequentur. Omnes omnino*, profecto non poteſt excogitari locutio magis generalis. Nihilominus tamen Ulpianus in *l. idem privilegium ff. de privil. credit. ſeu de reb. auct. jud. poſſ.* ait: *Sed ſi bonis Curator datus ſit, vel a ſenatu, vel ab hoſtibus apti, vel dum deliberant heredes de adeunda hereditate, non oportebit privilegium dari; non enim in eadem cauſa ſunt.* Nimirum verba illa, *omnes omnino*, comprehendunt ſolùm ſimiles expreſſis, videlicet curatores, qui dantur perſonæ, non eos, qui dantur bonis, qui in eadem cauſa non ſunt, & ſunt diverſi generis. In ultimis voluntatibus exemplum ſuppeditat Pomponius in *l. ult.* §. *cui dulcia ff. de trit. vin. & ol. leg. Si cui dulcia legata ſint, non ſolùm dulces potiones, ſed etiam dulcia eſculenta legato continentur: Sed ſi quis leget vinum amphorarium, amineum, græcum, & dulcia omnia, nihil inter dulcia, niſi quod potionis eſt, continetur ex collatione vini amphorarii.* Verba non ſolùm generalia, ſed etiam univerſalia, *dulcia omnia*, coarctantur ad genus potionis, propterea quod expreſſum eſt vinum, quod ſubeſt generi potionum. Simile eſt, quod traditur in *l. namquod liquida in fin. ff. de pen. leg. Si ita ſcriptum ſit: omnem penum præter vinum, quod Romæ erit: Sola penus, quæ Romæ eſt, legata videtur.* Probè errant, qui putant pronomen illud relativum *quod* referri etiam ad penum: licèt enim penus dicatur de omnibus generibus *ead. l.* §. *nomen*, tamen hic Juriſconſultus, qui dixit *omnem penum*, non poteſt ſine ſolœciſmo ad penum referre pronomen *quod* neutrius generis. Non diſſimile eſt etiam, quod traditur in *l. quæſitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Legatum ita fuerat. Argentum omne, & ſupellectilem, quodcumque habeo tibi dono, & quidquid in prædio Semproniano habeo. Reſponſum eſt, non videri legatam ſupellectilem, & argentum, quod alibi.*

eſt, niſi hoc quoque in legato contineri legatarius probaverit: Ultima verba legati reſtringunt antecedentia generalia. Sed hac de re, de qua ſæpiſſime diſputatur in foro, diſputabimus accuratius alio capite ſeparatim.

12 Secundo, ſi genus ad ſpeciem referatur: verba enim generalia coarctantur ad ſpeciem, ad quam referuntur *l. ſi quis in principio* 22. *ff. leg.* 3. Hæc autem relatio & expreſſim, & tacitè fieri poteſt: ſi expreſſim referatur, dubitandum non eſt, id tantummodo contineri, quod inter contrahentes placuerit, aut teſtator voluerit *l. qui cum tutoribus* § *tranſactio ff. de tranſact. l. Si de certa* 31. *C. eod. & d. l. ſi quis in princ.* 22. *ff. de leg.* 3. Etenim rectè aiunt DD. referens eſt in relato cùm omnibus ſuis qualitatibus *l. aſſe toto ff. de hæred. inſtit.*

13 Idem prorſus dicendum eſt; ſi tacitè referatur. Nam id habetur pro expreſſo, veluti ſi de aliqua certa re actum fuerit inter contrahentes, & deinceps verbis generalibus contraxerint ſtipulationem, ut in *l. triticum* 94. *ff. de V. O.* in qua verba illa, *ſi de aliquo tritico cogitaverit*, interpretanda ſunt, ſi de certo tritico actum fuerit: neque enim in ſtipulatione ſufficit unius tantum cogitatio conſenſuſque, ſed utriuſque conventio requiritur *l. inter ſtipulantem* 81. *ff. eod.* Et ne quis exiſtimet, hoc ideo reſponſum fuiſſe, quia alioquin inutilis eſſet ſtipulatio, idem traditur à Scævola in *l. emptor* 47. §. *ult. ff. de pact.* ubi verba illa generalia, *Si quod inſtrumentum à te emiſſum, id eſt, ſcriptum, cujuſcumque ſummæ, ex quacumque cauſa apud me remanſit, vanum & pro cancellato habeatur. Reſpondit, quod ſi tantum ratio accepti & expenſi computata fuit, cæteras obligationes in illis non contineri, eaſque ſalvas in ſua cauſa manere.* Verba illa, *cujuſcumque ſummæ: & ex quacumque cauſa* coarctantur ad accepta & expenſa, quorum ratio fuit computata. Eadem obſervanda in ultimis voluntatibus. In *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pupill.* Verba illa *quiſquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres eſto*, Ulpianus interpretatur, ut non contineant generaliter omnes heredes: hoc eſt, neque heredes heredis, neque dominum, aut patrem, qui per ſervum, & filium facti ſunt heredes: cum enim hi nominatim non ſint in teſtamento, nec veniant ex judicio defuncti, ad eos non referuntur verba teſtatoris, ſed ad eos tantummodo, quos ipſe heredes inſtituit. Eâdem ratione reſtringitur legatum in *l. prædiis* 91. *in princ. ff. de leg.* 3. Quidam filiæ prælegavit prædia cum reliquis actorum, & colonorum: reſpondit Papinianus, ea tantum reliqua deberi, quæ de reditu prædiorum in eadem cauſa manſerunt: adeo ut ſive quid debeant domino coloni & actores ex alia cauſa quam ex reditu prædiorum: ſive id, quod ex reditu prædiorum debebant coloni, exactum fuerit à domino, & relatum in calendarium, cujus cura ad actores pertinebat; id omne in legato non contineatur, etiamſi actores quoque fuerint prælegati. Quia reliqua referuntur ad prædia legata, & ideò nihil aliud iis continetur, quam quod tempore mortis teſtatoris ex ea cauſa debebatur, & quod in aliam cauſam converſum eſt, ampliùs ex ea cauſa non debetur, nec eſt debitum aut reliquum prædiorum, ſed calendarii. In *l. quoties* 10. *C. famil. erciſc.* Pater dividit hereditatem inter filios & ſingulos certis poſſeſſionibus cum mancipiis, quæ ibi ſunt, jubet eſſe contentos; deinde univerſa mancipia ſine ulla heredum diſcretione commendat heredibus: unicuique videtur commendare ea, quæ ipſi reliquit in teſtamento. Illud hìc animadvertendum, quod etiamſi verba generalia non in eodem teſtamento ſubjiciantur, ſed in codicillis; tamen ſi referantur ad ea, quæ in teſtamento diſpoſita ſunt, iiſdem terminis circumſcribuntur. Itaque in *l. legatorum* 33. §. *ult. ff. de leg.* 2. cum teſtator plures heredes in teſtamento ſcripſiſſet, & à ſingulis heredibus nominatim legata reliquiſſet, licèt poſtea codicillis ea repetierit, & ad omnes heredes generaliter ſcripſerit: tamen ea, quæ codicillis dedit, ab iis tantum præſtanda ſunt, quos teſtamento damnavit.

Tertio, verbis generalibus non continetur 14

actus inutilis, vel id, quod repugnat legis diſpoſitioni. Ac ſi totus actus futurus eſſet inutilis interpretando verba in tota ſua latitudine, genus ad ſpeciem redigitur: ſi verò in generali diſpoſitione continetur aliquid, quod non eſt permiſſum, aut futurum eſt inutile, id tantummodò ex genere exemptum cenſetur. Primi generis exemptum cenſetur. Primi generis exempla ſunt in *l. eum qui calendis* 41. *in princ. ff. de V. O.* Quidam ſtipulanti promiſerat, ſe daturum calendis, hic ſermo generalis continet omnes futuras calendas, tam proximas, quam remotas, imò & remotiſſimas. Et quidem ſecundùm naturam ſtipulationis de remotiſſimis videretur intelligendus. Nam ſi quis poſt annum aut biennium dare promiſit, poſt biennium ſolummodò tenetur *l. ſi ita ſtipulatus* 109. *ff. de V. O.* Sed quia hac interpretatione fieret inutilis ſtipulatio, quia debitor nunquam cogi poſſet ad ſolvendum, ſemper enim opponeret nondum veniſſe calendas ſtipulatione comprehenſas: idcirco ſermo ille generalis, qui revera continet infinitas calendas, coarctatur ad proximas. In *l. paterfam.* 44. *ff. de hered. inſt.* Teſtator duos heredes inſtituens monumentum in diebus certis eos facere juſſerat: deinde ita ſcripſit, *qui eorum non ita fecerit: omnes exheredes ſunto.* Alter ex illis non adivit hereditatem: alter verò monumentum fecit, ut præceperat teſtator; poterit ille adire hereditatem. Verba illa *omnes exheredes ſunto* coarctantur ad eum, qui monumentum non fecit. Quid ita? Quia nemo ex alterius facto vel hereditati alligari, vel exheredari poteſt.

Secundi generis exempla ſunt in *l. ſi quando* 109. *ff. de leg.* 1. Quidam uxori legavit, quæ vivus donaverat: hoc generali ſermone continentur ſolum ea, quæ inutiliter donaverat, nam in iis, quæ utiliter donaverat, eſt inutile legatum. in *l. legata* 17. *ff. eod.* Verba illa, *quas pecunias legavi quibus dies appoſitus non eſt, annua, bima, trina die heres meus damnas eſto dare*: non comprehendunt legata inutiliter data, nam teſtator utilibus diem adjicere voluit: non inutilia confirmare.

15 Quarto coarctatur genus aliquando ex legis diſpoſitione. Itaque heres, qui juſſus eſt dare, ſervum, quem voluerit, peſſimum dare non poteſt, lege ſic diſponente *l. ſi heres* 110. *ff. de leg.* 1. Nec optimum eligere poteſt legatarius, quoties ad eum pertinet electio *l. legato generaliter* 47. *ff. eod. l. ſi quis argentum C. de donat.* Item ſi legata ſint decem, & ſi ea perdidiſſet, rurſus ei legata, ſi ſæpiùs perdidiſſet, nihilominùs ſemel tantummodò præſtanda ſunt, ne in infinitum hæres oneretur *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi quis decem* 18. *ff. de leg.* 3. Præterea ſi quis diſcretas portiones conjunctis pluribus ſeparatim dedit: ac poſt omnem inſtitutionis ordinem ita ſcripſit *quos heredes meos invicem ſubſtituo*: conjuncti vice mutua ſubſtituti videntur quibus deficientibus cæteri admittuntur. Non tamen omnes ſimul vocati cenſentur, verba licèt ſubſtitutionis omnes comprehendant. Denique qui generaliter agere à teſtatore prohibitus eſt, contra eum negotiorum geſtorum non prohibetur agere, ſi quid dolo, vel fraude commiſit *l. non ſolùm* 8. §. *ſi hæres ff. de liber. leg.* Item ſi teſtator ab aliquo rationes exigi vetet; poterit tamen ab eo peti, ſi quid in adminiſtratione dolo admiſerit *l. ſi quo* 9. *ff. eod. l.* 5. §. *Julianus ff. de admin. tut.* & ſi qua pecunia apud eum remanſerit ex adminiſtratione *l. Lucius Titius* 12. *l. cum ita* 19. *l. Aurelius* 28. §. *Mevia & l. creditor* 31. §. *Titia ff. de liber. legata.* Et ſi quis velit debitorem omnino liberare, debet damnare heredem, ut ipſi reſtituat quicquid ab eo illa, vel illa actione exegerit *d. l. ſi quis* 9. *ff. de liber. leg.*

16 Poſtremo in generali legato etiam verbis quantumvis univerſalibus relicto, quædam non continentur ex deſtinatione teſtatoris. Hujuſmodi ſunt res venales, inſtrumenta, tabularium, pecunia numerata, nomina debitorum, quæ etſi aliquo in loco ſint, tamen ex deſtinatione teſtatoris ibi eſſe non cenſentur, nec comprehenduntur legato rerum omnium, quæ ibi ſunt *l. ſi mihi Mevia* 91. *l. Lucius Titius* 92. §. *collegis ff. de leg.* 3. *l. pediculis* §. *idem cum quæreretur ff. de aur. & arg.*

& arg. leg. l. quæſitum §. Celſus ff. de fund. inſt. l. cum quæreretur 60. §. 1. *ff. de l.* 3. Hujuſmodi etiam ſunt fructus, quoties quis rogatus eſt reſtituere, quicquid ad eum ex hæreditate boniſve defuncti pervenerit: fructus enim, quos ex hæreditate boniſve percepit, reſtituere non tenetur *l. quod in verbis* 83. *in princ. ff. de leg.* 3.

CAPUT XXI.

Ad L. uxori 24. *ff. de uſufr. legat.*

SUMMARIUM.

1 *Diſpoſitio generalis an comprehendat ea, quæ impropriè in genere continentur. Exempla pro parte affirmativa & n.* 2. 3. 4. 5. 6.

7 *Verior ſententia negans. Probatur exemplis, & n.* 8. 9. 10. 11. 12. 14. 15. 16.

12 *Expenditur l.* 3. *ff. de trit. vin. & ol. leg. & contrarii textus conciliantur & n* 13.

16 *Species, quæ ſecundum vim verborum de genere legato non eſt, non continetur legato niſi ex manifeſta voluntate teſtatoris.*

17 *Explicatur eleganter textus noſter.*

18 *Quando ſpecies impropriè ſubeſt generi, mens diſponentis inveſtiganda.*

19 *Contrariæ opinionis argumenta expenduntur & n.* 20.

1 AN generalis diſpoſitio comprehendat etiam ea, quæ impropriè in illo genere continentur, controverti poteſt. Ad affirmandum non levi momento quis impelli poterit. Id ipſum enim videtur affirmare Papinianus in *l. uxori fructu* 24. *ff. de uſu & uſufr. leg.* ubi ait, quod legato fructu bonorum poſt impletam ex SC. cautionem, fœnus quoque ſortium, quas defunctus collocavit, præſtandum eſt: imò & uſuræ nominum ante interpoſitam cautionem debitæ, velut ſortes in cautionem deducendæ ſunt: & alia, quæ ibi diſtinctè atque explicatè tradit Papinianus. Uno verbo legatum uſusfructus bonorum comprehendit etiam uſumfructum pecuniæ numeratæ, & nominum debi-
2 torum. Atqui hic non eſt propriè uſusfructus. Uſusfructus enim eſt jus alienis rebus utendi fruendi ſalvâ rerum ſubſtantiâ. *princ. tit. inſtit. de uſufr. l.* 1. *ff. de uſufr.* Pecuniæ autem uſus in abuſu, & abſumptione conſiſtit *l. hoc Senatuſconſultum* 5. §. 1. *& ult. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſu conſ.* Quamobrem Gajus in *l.* 2. §. 1. *ff. eod.* ait: *Senatuſconſulto non id effectum eſt, ut pecuniæ uſusfructus propriè eſſet; nec etiam naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit: ſed remedio introducto cœpit quaſi uſusfructus habere.* Et Juſtinianus in §. *in fine: ergo Senatus non fecit quidem earum rerum uſumfructum (nec enim poterat) ſed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.* Itaque M. Tullius *in Topic.* harum rerum uſumfructum eſſe negavit. *Non debet ea mulier, cui vir bonorum ſuorum uſumfructum legavit, cellis vinariis, & oleariis plenis relictis, putare id ad ſe pertinere. Uſus enim, non abuſus legatus eſt.* Sed Papinianus propter Senatuſconſulti auctoritatem contrarium reſpondit in laudata *l. uxori ff. de uſufr. leg.* licèt non ſit propriè uſusfructus, & non in uſu, ſed in abuſu conſiſtat.

Non abhorret à ſententia Papiniani Pompo- 3
nius in *l. ſi mihi & Titio* 110. §. 1. *ff. de V. O.* ubi ait, quod ſi quis ſtipulatus fuerit veſtem, quæcumque muliebris eſſet, ei debetur etiam veſtis muliebris, quâ tamquam virili promiſſor utebatur. Hæc autem veſtis videtur eſſe potiùs virilis, quàm muliebris. Virilis enim veſtis eſt, quæ ipſius patrisfam. causâ parata eſt. *l. veſtis* 23. §. *veſtimenta ff. de aur. & arg. leg.* Referebat autem Q. Mutius quemdam ſenatorem, muliebribus cœnatoriis uti ſolitum, quæ legato veſtis muliebris ab eo relicto non continerentur, ut ait idem Pomponius eodem libro quarto ad Q. Mutium in *l. inter veſtem ff. de aur. & arg. leg.* quia uſus teſtatoris effecit, ut non ſit ampliùs muliebris, niſi impropriè. Et quamvis ea juxta communem uſum ſit muliebris, tamen uſus teſtatoris potiùs attendi debet, quàm uſus communis *l. ſi ſervus plurium* 50. § *ult. ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. *l. heredes* 21. §. 2. *verſic. & puto, ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. ſolutum* § *ult. cum l. ſeq. ff. de pig. act.* prævalet enim uſus teſtatoris, & potior eſt uſu regionis.

Idem docere videtur Ulpianus in *l. qui pe-* 4

tum 3. §. *ſed Ariſto cum* §. *ſeq. ff. de pen. leg.* legata penu, legato continentur eſculenta, & poculenta, dubitavit Ariſto, an oleum, garum, muria, mel, cæteraque his ſimilia contineantur, & licèt hæc eſui potuiſſe non ſint, ſed in iis eſſe ſoleamus, tamen reſpondit ea contineri. Idem quæſitum eſt de legato penus eſculentæ, & quamvis labeo putaverit, ea non contineri, quia non hæc eſſe, ſed per ea ſolemus: tamen ex Proculi ſententia Ulpianus decidit, ea quoque legato cedere. Patet hæc inter eſculenta impropriè recenſeri, cum propriè non edantur, ſed ſint condimenta eorum, quæ edimus & quidem condimenta liquida, quæ nec edi poſſunt. De oleo nemo dubitare poteſt: nam quid ſit, ignorat nemo. Garum è piſce ſcombro conficiebatur macerato, ac ſale condito, & colato, atque expreſſo. Muria etiam ex viſceribus aliorum piſcium, & non erat adeo pretioſa. Martialis de Garo

> *Expirantis adhuc ſcombri de ſanguine primo*
> *Accipe faſtoſum munera rara garum.*

Manilius

> *Hinc ſanies pretioſa fluit, floremque cruoris*
> *Evomit, & mixto guſtum ſale temperat oris.*

Martialis iterum de condimento gari

> *Ebria Bajano veni modo concha Lucrino,*
> *Nobile nunc ſitio luxurioſa garum.*

De alece Plinius *lib.* 31. *cap.* 8. ubi & muriam indicat. *Vitium muriæ eſt alex, imperfecta nec colata fæx.* Ex his verbis conſtat, muriam præſtantiorem fuiſſe, & colatam. Hinc ſcriptores, garum & muriam, fœcem, & ſaniem piſcium appellant. Horat. *Lib.* 11. *Sat.* 4.

> *—ego fæcem primus, & alec*
> *Inveni,*

Seneca *epiſt.* 95. more ſuo improbans ſæculi luxum. *Quid illud ſociorum garum, pretioſam malorum piſcium ſaniem, non credit urere ſalſa tabe præcordia*: Plinius. *ut ſit illa putreſcentium ſanies.* Hæc autem condimenta aliquando diluebant aceto, vel vino, vel oleo, vel etiam aqua. Hinc oxygarum, œnogarum, garelæum, hydrogarum. Erant igitur condimenta liquida, quæ non edebantur, nec edi poterant: adeoque non erant propriè eſculenta, ſed eſculentis aſpergebantur, & piſces condiebantur.

Idem Ulpianus in *l.* 1. *ff. de trit. vin. & 5*
oleo leg. Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit: & tamen acetum non eſt propriè vinum, etiamſi vini numero habeatur: ut probat ipſe Ulpianus in *l.* 3. *in princ. ff eod. tit. Si cui vinum ſit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquiſſet; vinum heredem empturum, & præſtaturum, non acetum, quod vini numero fuit.* Idem in *l. ſi quis vinum in princ. ff. eod. Item acetum vini appellatione non continebitur.*

Idem Ulpianus in *l. ſi quis vinum* 9. *in princ. ff. eod.* ait, mulſum vini appellatione propriè non contineri. Multò minus contineri ait zythum, camum, cereviſiam, hydromeli: & merito, quia in his ne gutta quidem vini infunditur, nec quicquam cum vino commune habere videntur. Subdit tamen: *hæc omnia ita demum vini nomine non continentur, ſi modo vini numero à teſtatore non ſunt habita.*

Et quod magis eſt, idem Ulpianus *in* §. 1. ejuſdem legis, ait. *Si acetum quis legaverit, non continebitur legato acetum, quod vini numero teſtator habuit: embamma autem continebitur, quia aceti numero fuit.* Nemo dixerit, embamma propriè acetum eſſe. Licèt enim ex aceto ut plurimum fieret, tamen multa commiſcebantur, & in ipſum obſonia intingebantur, ut jucundius ſaperent, & acidulo ſapore palatum vellicarent. Columella *lib.* 12. *cap.* 55. ſinapi miſcet. *Hoc ſinapi*, inquit, *ad embammata non ſolum idoneo, ſed etiam ſpecioſo uteris.* Plinius, *lib.* 20. *cap.* 14. addit mentam; ait enim *menta*

Digitized by Google

ipſius odor animum excitat, ut ſapor aviditatem in cibis, *ideo embammatum mixturis familiare.* Puto multa alia ad conficiendum hujuſmodi condimentum immixta fuiſſe, ut indicat illud verbum *mixturis.* Sed cum alia alii commiſcerent, nihil certi præſcribi poteſt: erant enim multa embammatum genera, ut apertè Xenophon indicat in *Cyri inſtitutione* παντοδαπὰ ἐμβάμματα καὶ βρώματα, omnis generis embammata, & dapes. Nec dubito, multa etiam ſine aceto fuiſſe confecta: ſed ütique Ulpianus de illis, quæ aceto conficiebantur, eſt intelligendus.

6 Poſtremò pro hac ſententia poſſet afferri reſponſum Papiniani in *l. prædiis* 91. §. *Titio ff. de leg.* 3. in qua reſpondit, quod in legato: *Sejana prædia, ſicuti comparata ſunt, do, lego*: continentur etiam Gabiniana, ſi uno pretio comparata fuerunt cum Sejanis, & utriuſque poſſeſſionis confuſi redditus, titulo Sejanorum accepto lati ſunt. Hæc omnia urique non efficiunt, ut prædia Gabiniana propriè ſint Sejana, & in ea verè transformentur.

7 Contraria tamen ſententia verior videtur: eaque primò probatur ex *l. cum pater* 77. §. *fidei tuæ* 12. *ff. de leg.* 2. ubi proponitur hujuſmodi legatum. *Fidei tuæ committo, uxor, ut reſtituas filiæ meæ, cum morieris, quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit.* Reſpondit Papinianus, quod hoc fideicommiſſo dos uxori prælegata non continetur. Fideicommiſſum non poteſt eſſe magis generale: verba illa, *quicquid & quoquo nomine*, videntur omnia comprehendere, etiam id, quod nomine dotis ad uxorem pervenerit. Rationem affert Papinianus, cur non comprehendatur; *quoniam reddi potius videtur, quam dari.* Similem affert Paulus *lib.* 4. *ſent. tit.* 1. *in princ. Quia non ex lucrativa cauſa teſtamento aliquid capit, ſed proprium recipere videtur.* Idem ferè docet Ulpianus in *l.* 2. §. *mulier*, *ff. de dot. præleg. dotem enim recepiſſe eam magis, quam accepiſſe.* Itaque dos prælegata non continetur generali fideicommiſſo, quia ad uxorem propriè non pervenit ex bonis teſtatoris, cum uxor proprium recipiat, non accipiat à teſtatore, à quo potiùs ei dos redditur, quàm datur. Et quamvis ei legata fuerit, tamen in diſpoſitione de legatis à teſtatore facta, non comprehenditur, ut rectè reſpondit Scævola in *l. Lucius Titius* 88. §. *impuberem* 7. *ff. de leg.* 2. Sicut nec continetur in diſpoſitione legis, ac propterea non eſt ſubjecta legi Falcidiæ ex eadem ratione *l. ſi uſusfructus* 81. §. 1. *ff. ad l. Falcid.* Dos relegata extra rationem legis Falcidiæ eſt: ſcilicet quia ſuam rem mulier recipere videtur.

8 Non abſimile fideicommiſſum proponitur in *l. qui uxori* 18. §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.* atque idem omnino reſpondetur. *Idem teſtator fideicommiſit uxori; ut quicquid ad eam ex teſtamento ejus perveniſſet, alumno communi reſtitueret. Quæſitum eſt, an etiam eas res, quas proprias uxoris ſuæ fuiſſe teſtator ſciebat eique reddi præcepit, alumno præſtare debeat: reſpondit: ſi propriæ fuiſſent, non debere.* Scævolæ reſponſum generale eſt: adeoque idem omnino dicendum, etiamſi teſtator ignoraſſet, eas uxoris proprias fuiſſe.

Secundo probatur ex *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pupill. Hæc verba: quiſquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres eſto: hunc habent ſenſum, ut non omnis, qui patri heres extitit, ſed is qui ex teſtamento heres extitit ſubſtitutus videatur: & ideo neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per ſervum extitit ad ſubſtitutionem admittetur, neque heredis heres, quia non ex judicio veniunt.* Illi enim ex judicio teſtatoris non ſunt heredes neque enim ab eo ſunt vocati, & inſtituti: ac propterea juxta judicium teſtatoris, quod normam ſubſtitutioni dare debet, non ſolum non ſunt propriè heredes, ſed ne heredes quidem ſunt: ſed fiunt heredes ex legis diſpoſitione per acquiſitionem hereditatis, quam lex in eos tranſmittit. Quamobrem verba illa generalia: *quiſquis mihi heres erit*: eos non comprehendunt.

Tertiò probatur ex *l. Sejo* 10. §. 1. *ff. de annuis leg. Medico Sempronio, quæ vivo præſtabam, dari volo: ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt.* Si non continentur ea, quæ extra ordinem 10

præſtabat, ut ſtrenas, ſoteria, natalitia, & alia munuſcula, quæ remunerationis aut grati animi ergò largiebantur, quantò minùs continebuntur ea, quæ in genere legato propriè non continentur. Imò nec ea quidem continentur, quæ utilitatis ſuæ cauſâ erogabat, ut ſumptus jumentorum, quem actori præſtare ſolebat, & medicamentorum, quem liberto medico ſuppeditabat *d. l. Sejo §. libertis*. Quæ ſpeciali ſunt animadverſione digna propter uſum forenſem. In hoc enim facilè poteſt errari.

11 Quartò facit ad rem text. *in l. fundi 25. §. 1. ff. de inſtr. l. inſtrum. leg.* Quidam legavit fundum inſtructum: in fundo figlinas habebat, & figulorum opera majore parte anni ad opus ruſticum utebatur: nihilominùs figuli legato inſtrumenti non continentur: ſervi, qui agrum colunt, utique inſtrumento fundi continentur *l. in inſtrumento 8. ff. eodem* & quidem etiamſi non per totum annum ruſticum opus in fundo exerceant *l. quæſitum 12. §. ſi aliqua 8. ff. eod.* Hi autem fundi inſtrumento non cedunt, etiamſi majore parte anni ruſticum opus exercerent, quia cùm propriè figuli eſſent; ut potè figlino operi addicti, propriè non erant ruſtici: nec ad opus ruſticum comparati, fundi inſtrumento non cedunt. Simile exemplum proponit Scævola in *l. prædia. 27. in princ. ff. eod.* Quidam legavit prædia maritima cum omni inſtrumento: ſervi piſcatores, qui ſolebant in miniſterio teſtatoris eſſe, & ubicumque eum ſequi, & urbicis rationibus expungebantur, legato non continentur. Nimirum ex his efficitur, ut impropriè fundi inſtrumento annumerentur.

12 Quintò probatur ex *l. 3. in princ. ff. de trit. vin. & oleo leg.* ubi vino legato non debet acetum præſtari, quod vini numero fuit: Acetum ſanè vinum eſt, quia eadem propè ſubſtantia eſt *l. in venditionibus 9. §. ult. ff. de contrah. empt.* & ideo ſi acetum pro vino venditum fuerit, valet venditio *l. in venditionibus 9. ibid.* & ſi vinum legatum acuerit, non extinguitur legatum *l. ſi quis vinum 9. in fine principii ff. de vin. trit. & ol. leg.* Eſt tamen vinum impropriè, quia etſi ex vinea natum ſit, tamen cùm acuit, vinum non permanſit *d. l. ſi quis vinum in princ.* & licet eadem ferè ſubſtantia ſit *d. l. in venditione*: tamen non eſt omninò eadem. Eleganter Martial. *lib.* 12. epigr. 122.

Amphora Niliaci non ſit tibi vilis aceti
Eſſet cùm vinum, vilior illa fuit.

Erat enim in pretio acetum Ægyptiacum. Juven. *ſat.* 13.

— Flebile nati
Synciput elixi Pharioque madentis aceto.

Non eodem in pretio videtur fuiſſe acetum Romanum. Certè Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de peric. & comm. rei vend.* ait. *Si vinum venditum acuerit, emptoris erit damnum.* Minoris igitur æſtimat acetum, quàm vinum. Igitur acetum impropriè vinum eſt, & pro vino non habetur, niſi ex voluntate teſtatoris: & ideò vino legato acetum non continetur.

Sed poſſent opponi duæ leges, quæ videntur omninò contrariæ huic noſtræ legi, 13
in qua excluditur à legato acetum, etiamſi vini numero fuerit. Contra enim in *l. 1. ff. de trit. vin. & ol. leg.* ait Ulpianus. *Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit.* Et in *l. ſi quis vinum 9. in princ. ff. eod. Hac omnia ita demum vini numero non continentur, ſi modo vini numero à teſtatore non ſunt habita: alioquin Sabinus ſcribit; omnia vini appellatione contineri, quæ vini numero paterfam. habuit.* Accedit & tertia, nempè *l. 2. in fin. ff. de opt. vel elect. leg. Eum, cui centum amphorarum electio data ſit, acetum eligentem non conſumere electionem, ſi id acetum elegerit, quod vini numero paterfam. non habuit.*

Sed contrariæ eſſe non poſſunt hæ leges, cùm ſint omnes ejuſdem Ulpiani depromptæ ex ejus libris ad Sabinum. Itaque animadvertere oportet, quòd in his legibus ſupponitur acetum vini numero habitum à paterfam. hoc eſt, à teſtatore. Ex quo efficitur,

Digitized by Google

quòd cùm ille ipſe, qui legat vinum, in numero vini habeat etiam acetum, videatur appellatione vini etiam acetum comprehendere: atque ea propter hoc quoque legato contineatur. At verò in noſtra lege acetum, quod præſtare volebat heres, non à teſtatore vini numero habitum fuit, ſed vel ab herede, vel à venditore, à quo heres illud emerat. Hoc autem non influit in voluntatem teſtatoris, nec alterius opinio, teſtatoris opinionem poteſt declarare. Quapropter obſervandum eſt, quòd in noſtra lege non ait Ulpianus acetum vini numero fuiſſe apud teſtatorem, vel patremfam. quemadmodùm ait in aliis tribus legibus, quas laudavimus; ſed abſolutè ait: *non acetum quod vini numero fuit*. Hoc autem referri non poteſt ad teſtatorem, qui nullum vinum reliquit: ſed cùm heres vinum emere, & præſtare teneatur, ad eum ipſum, cujus erat acetum, ea verba ſunt referenda.

14 A diverticulo repetatur ſuperius argumentum. Id maximè confirmat Ulpianus in *l.* 2. §. *ult. junctâ l.* 3. *ff. de opt. vel. elect. leg.* ubi ait, quòd ille, cui data eſt electio centum amphorarum vini; ſi acetum elegerit, quòd vini numero paterfam. non habuit; optionem non conſumit: ſubdit deinceps in *l.* 3. *Scilicet ſi ante exhibitionem, hoc eſt ante deguſtationem acetum elegerit.* Ergo ſi poſt deguſtationem elegerit, conſumitur electio, etiamſi paterfam. ipſum vini numero non habuerit: ac proindè electio legitimè facta eſt. Non conſumeretur enim, ſi legitimè facta non eſſet quòd eveniret ſi acetum generali appellatione vini non comprehenderetur. Etenim ſi legatarius optaverit aliquid, quòd non ſit de genere legato; non rectè optavit, & non conſumitur electio *l.* 2. §. 2. *l. cùm ita* 9. §. 1. *ff. eod.* Ergo acetum eſt de genere legato, cùm vinum legatum fuit, etiamſi à teſtatore vini numero non haberetur. Verumtamen quia impropriè admodùm in genere vini continetur, legato vino acetum non debetur *l.* 9. *in princ. verſic. item acetum ff. de vin. trit. & ol. leg.*

15 Poſtremò probari poteſt auctoritate *l. inter veſtem* 33. *ff. de aur. & arg. leg.* ubi ſi teſtator, qui veſte muliebri, quaſi virili utebatur, legaverit veſtem muliebrem, veſtis illa, quâ utebatur quaſi virili, non continetur legato: quia non videtur legato comprehendere voluiſſe veſtem illam, quæ licèt verè muliebris eſſet inſpecto communi uſu; tamen inſpecto uſu teſtatoris cœpit impropriè, & non omninò muliebris eſſe.

His adjungo, quòd cùm non aliter à ſig- 16
nificatione verborum recedi oporteat, quàm cùm manifeſtum eſt, aliud ſenſiſſe teſtatorem *l. non aliter.* 69. *ff. de leg.* 3. ſi ſecundum propriam verborum ſignificationem ſpecies aliqua genere legato non comprehenditur, ea non debebitur niſi manifeſtum ſit, aliud ſenſiſſe teſtatorem.

Ab hac ſententia tot argumentis innixâ 17
recedendum eſſe non arbitror, nec enim eam evertere, aut labefactare poſſunt argumenta contraria. Quibus ut reſpondeatur, primum ſtatuendum eſt, quòd quotieſcumque lex aliquid probat, & introducit, illudque alteri æquiparat, unum pro altero accipi poteſt, efficiente id legis auctoritate: perindè ac ſi ea inter ſe non differrent, ac diſcreparent. Exemplùm peti poteſt à legatis, & fideicommiſſis. Fideicommiſſa olim non involvebant neceſſitatem præſtationis, ſed à fide heredum pendebant. Auguſtus ad neceſſitatem deduxit §. *ult. inſtit. tit. de fideicom. hered.* Poſtea legatis exæquata ſunt in omnibus *l.* 1. *ff de leg.* 1. *l.* 2. *C. commun. de legat.* Quo factum eſt, ut licèt fideicommiſſum propriè non ſit legatum, & adhuc ſuperſit aliquid, in quo à legato differt §. *libertus inſtit. tit. de ſing. reb. per fideicom. relict.* tamen legati nomine fideicommiſſum etiam comprehendatur, & quicquid de legato fuerit conſtitutum, id ipſum de fideicommiſſo diſpoſitum videatur. *l.* [illegible] *verſ. etſi ſpecialiter C. comm. de legat.* Ibi [illegible] *ſi ſpecialiter legati tantum faciat teſtator* [illegible]*tionem, hoc & legatum & fideicommiſſum intelligatur: & ſi fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc & legatum eſſe videatur.* Quibus efficitur, hoc idem & in uſufructu obtinere debere. Olim quidem in pecunia non poterat conſtitui uſusfructus,

itaque legato uſufructu, bonorum non continebatur in legato uſusfructus rerum, quæ uſu conſumuntur. Uſus enim, non abuſus legatus eſt, ut rectè ait Cicero ſuprà laudatus. Verumtamen Senatus introducto cautionis remedio cenſuit omnium rerum uſumfructum legari poſſe *l.* 1. *ff. de uſufruct. ear. rer.* Quamobrem ſi quis leget uſumfructum bonorum, vel quod idem eſt omnium bonorum, etiam uſusfructus pecuniæ, & aliarum rerum videtur legatus. In hoc enim uſusfructus pecuniæ, & aliarum rerum, quæ uſu conſumuntur, & verus uſusfructus Senatûs auctoritate ſunt æquiparati. Et meritò. Nam interpoſita cautio id efficit, ut conſumptæ non videantur res illæ, in quibus uſusfructus eſt conſtitutus, licèt verè conſumptæ ſint à fructuario. Licèt enim fructuarius non eas res, quas accepit reſtituat; tamen cùm reſtituit alias ejuſdem generis, ac bonitatis, eas ipſas, quas accepit, reſtituere videtur. Imò magis eas ipſas reſtituere videtur alias reſtituendo, quàm ſi eaſdem reſtitueret, quoniam hæ res magis in genere ſuo functionem recipiunt quàm ſpecie *l.* 2. *§. mutui datio ff. de reb. credit.*

Et quamvis hìc dicatur quaſi uſusfructus, & non ſit propriè uſusfructus *l.* 3. *§.* 1. *ff. de uſufruct. ear. rer. §.* 2. *in fin. inſt. tit. de uſufr.* tamen id veriſſimum eſt quoad rationem naturalem, quam Senatus mutare non potuit *d. l.* 3. neque enim efficere potuit, ut ſalva ſit ſubſtantia rei, quæ conſumpta eſt: non verò quoad rationem fictionemque juris, quod ſtatuere poteſt, ut perinde ſit ac ſi ſalva eſſet res, quæ periit, in ejus locum alia re ſubrogata, quæ ejus vice fungatur. Idem prorſus evenit in fictione legis Corneliæ. Natura fieri non poteſt, ut qui mortuus eſt multo poſt captivitatem, primo captivitatis momento deceſſerit: natura enim ac veritas omnino repugnant. Juris tamen fictione fit, ut perinde habeatur, ac ſi primo captivitatis momento deceſſiſſet, & iidem conſequantur effectus *§. ult. inſtit. tit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. l. juſto* 44. *in fin. ff. de uſucap. l. lege Cornelia* 12. *ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. lex Cornelia ff. de vulg. & pupill.* In quibus ad rem noſtram illud eſt animadvertendum, quod Julianus in *d. l. lege Cornelia* 12. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ait: *quare ſervus ſcriptus ab eo, qui in hoſtium poteſtate deceſſerit, liber, & hæres erit ſive velit, ſive nolit, licet minus propriè neceſſarius hæres dicatur: nam & filius ejus, qui in hoſtium poteſtate deceſſit, invitus hæreditati obligatur, quamvis ſuus hæres dici non poſſit, qui in poteſtate morientis non fuit.* Imperatores tamen in *l. apud hoſtes C. de ſuis & legit. hæred.* & in *l. captum C. de poſtlim. reverſ.* abſolutè eum dicunt eſſe ſuum hæredem. Nec, puto, quiſquam dubitabit, ſui hæredis appellatione, & hæredis neceſſarii nomine hos quoque comprehendi. Item Ulpianus in *l.* 3. *§. ult. ff. de V. ſignif.* ait: *ejus, qui apud hoſtes deceſſit, dici hæreditas non poteſt, qui ſervus deceſſit.* Et tamen non poteſt dubitari quin hæreditatis nomine hæc quoque hæreditas contineatur, ſicut nominatur in *l. lex Cornelia* 28. *ff. de vulg. & pupill.* quia lex Cornelia confirmat teſtamentum ejus, qui apud hoſtes deceſſit perinde ac ſi in civitate deceſſiſſet *l. lege Cornelia* 12. *ff. qui teſtam. l.* 1. *§.* 1. *ff. ad leg. Falcid. §. ult. inſtit. tit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* Quamobrem etſi verè ſervus deceſſerit, tamen fictione legis inſpecta liber & Civis Romanus deceſſit. Hæc omnia in uſufructu multò magis admittenda ſunt. Etenim fictio legis Corneliæ nullo alio nititur fundamento, quàm publicæ utilitatis: Senatuſconſultum vero, quod introduxit uſumfructum earum rerum, quæ uſu conſumuntur, in earum rerum natura fundatum eſt. Ea enim eſt harum rerum natura, ut in genere ſuo functionem recipiant *l.* 2. *§.* 1. *ff. de reb. cred.* & cùm aliud redditur, idem omnino reddi videatur: atque adeo res conſervari videatur, etiamſi conſumatur, quia conſervatur in genere ſuo, quod perire non poteſt. Imò propter omnimodam ſimilitudinem harum rerum, magis idem redditur, & conſervatur à fructuario res, in qua habet uſumfructum, quàm ſi haberet uſumfructum fundi, vel domus.

Digitized by Google

Natura enim fieri non poteſt, ut ſi illis diu fruatur, longo tempore non immutentur, adeò ut fundus, quem reſtituit, non ſit in multis valdè diverſus ab eo, quod accepit, etiamſi illum diligentiſſimè ſervaverit, cùm arbores, plantæ, ſata in dies mutentur, & conſeneſcant, & quæ in earum locum ſubrogantur, non poſſint eſſe omnino ſimiles illis: ſaltem non ſint adeò ſimiles, ſicut eſt frumentum frumento, oleum oleo & cætera ejuſmodi. Solum ipſum aliquando nimia ubertate defatigatum ac terra effœta fertilitate à fructuario reſtituatur neceſſe eſt.

18 Secundo ſtatuendum eſt, quod quoties aliqua ſpecies minus propriè pertinet ad illud genus, de quo diſpoſitum eſt, tunc inveſtigandum eſt, quid ſenſerit diſponens, quoniam ambigua eſt diſpoſitio, ac propterea ad voluntatem diſponentis eſt recurrendum, ut aliàs diximus *l. ubi eſt verborum ff. de reb. dub. l. in ambiguis 96. ff. de reg. jur. l. 3. in princ ff. de reb. dub.* Et quia mens & voluntas teſtatoris maximè dignoſcitur ex uſu ejus & conſuetudine, idcirco ſi ſpeciem, de qua dubitatur, in numero ejus generis habuit, de quo diſpoſuit, etiamſi minùs propriè ad illud pertineat, tamen interpretandum eſt, etiam de illa voluiſſe diſponere. Quamobrem ſi legavit vinum, & in numero vini habuit non ſolùm vinum, quod ex vinea natum eſt, ſed etiam vina factitia, ut hydromeli, cereviſiam, defrutum, mulſum & alias hujus generis potiones, eas quoque legaſſe videtur *l. ſi quis vinum 9. ff. de tritic. vin. & oleo leg.* Item acetum, licèt vinum non permanſerit, quia plerique ſervis & illis, per quos opera ruſtica perficiebantur, acetum aqua dilutum potandum dabant, quod poſcam vocabant. Plaut. in *Rud.* IV. *ſc.* 2.

> *Sed hic rex cum aceto pranſurus eſt & ſale ſine bono pulmento.*

Et in *milit. glor.* III. *ſc.* 2.

> *Alii ebrii ſunt, alii poſcam potitant.*

Itaque domini illi acetum vini numero habebant. Vide *l. quæſitum 12. §. acetum 16. ff. de inſtr.*

Illud tamen verum non eſt, acetum vini appellatione contineri, etiamſi vini numero non haberetur ex *l. 2. §. 13. ff. de opt. leg.* Nam optio conſumitur electo aceto poſt deguſtationem, quia concurrit utriuſque voluntas & hæredis, & legatarii, ac propterea rectè ſolvitur acetum quaſi vinum, ſi legatarius id quaſi vinum elegit. Idcircò ſi ante exhibitionem, & deguſtationem illud eligat, non conſumitur optio *d. l. 2.* quia tunc ignorat acetum eſſe, quod propriè vinum non eſt, & legato non continetur.

Majorem involvit difficultatem id, quod 19
in eadem *l. 9. §. ſi acetum ff. de trit. vin. & oleo leg.* traditum eſt de embammate; nam embamma non eſt ejuſdem ſubſtantiæ, cujus acetum, & ideo error in hoc vitiat emptionem *l. in venditionibus 9. in fin. ff. de contrah. empt.* Verùm puto in hâc lege agi de embammate factitio, quod non ex aceto confectum eſt, ſed arte per commixtionem herbarum, vel fermentatione, vel commixtione alicujus materiæ acidæ acorem contraxit: ut indicant illa verba: *cæterùm ſi vinum non acuit, ſed ab initio acetum fuit.* Ait in *l. ſi quis vinum 9. ff. de trit. vin. & ol. leg.* agitur de embammate, quod aceto conſtat, ad intinctus parato, ut nos conficimus acetum roſaceum, & violaceum infusâ roſâ, aut violâ, aut aliis floribus, herbiſque benè olentibus, ut jucundius exacuat palatum: ut indicare videntur illa verba: *quia aceti numero fuit.* Nam & apud nos hujuſmodi embammata aceti numero ſunt. In *l. 3. §. ſed Ariſto cum ſeq. ff. de penu leg.* non quæritur, an genus contineat ſpecies, quæ minùs propriè ad ipſum pertinent, ſed an penus comprehendat ſolùm ea, quæ ſunt eſui, ac potui, an verò etiam condimenta; & reſpondetur ea quoque comprehendi.

In *l. prædiis 91. §. Titio ff. de leg. 3.* non agitur de vocabulo rerum, quæ ſunt immutabilia, ſed de nomine fundi, quod pro arbitrio domini imponitur *l. ſi quis 4. ff. de leg. 1.*

20 Supereſt, ut duas leges conciliemus nempè *l. ſi mihi & Titio* 110. §. 1. *ff. de V. O.* cùm *l. inter veſtem* 33. *ff. de aur. & arg. leg.* Non eadem eſt ratio legati, & ſtipulationis. In legato ſolam voluntatem legantis ſpectare debemus, quia ſolius teſtàtoris voluntate conſiſtit. In ſtipulatione utriuſque voluntas ſpectanda eſt, quia utriuſque conſenſu perficitur *l. inter* 83. §. 1. *ff. de V. O.* Itaque non ſufficit promiſſorem uti ſolitum veſte muliebri, niſi conſentiat etiam ſtipulator, qui non poteſt exiſtimari veſtem illam noluiſſe ſtipulatione comprehendere, maximè cùm verbis univerſalibus conceperit ſtipulatiorem: *Veſtem tuam quæcumque muliebris eſſet*: ac propterea non poſſit ei imputari, quod obſcurè dixerit. Igitur potiùs ad mentem ſtipulatoris, quàm promiſſoris ea verba ſunt referenda d. *l. in fine*, cùm ſcire non teneatur perverſum promiſſoris uſum.

CAPUT XXII.

Ad L. cohæredi 41. §. qui patrem ff. de vulg. & pup. ſubſt.

SUMMARIUM.

1 *Genus non comprehendit ſpeciem nominatim expreſſam.*
2 *Id obtinet in perſonis, & n. 3.*
4 *In dilatione ſolvendi.*
5 *in rebus, & n. 6.*
7 *Expenduntur. l. ſi domino 99. ff. de leg. 1. & l. ſi Eros. 11. ff. de opt. leg & n. 8*
8 *Legatum optionis diſtinguendum à legato generis.*
9 *Expenditur l. ſi alii 19. ff. de uſu, & uſufr. leg. & n. 10.*
11 *Expenditur l. uxorem 41. §. codicillis. ff. de leg. 3.*
12 *Item l. Titia. 19. §. qui Marco. ff. de ann. leg.*
13 *Item l. ult. §. ult. ff. de aur. & arg. leg.*

1 SUccedit altera cùm ſuperiore conjuncta diſceptatio: an genus comprehendat etiam ſpeciem, de qua nominatim diſpoſitum fuit. Qua de re ſtatuendum arbitror, hanc in genere minimè contineri, repugnante diſponentis voluntate, qui non præſumitur, eam comprehendere voluiſſe, cùm eam de genere videatur eximere, quoties nominatim, ac ſpecialiter de ipſa diſponat. Idque veriſſimum eſſe arbitror ſive de perſonis, ſive de rebùs agatur.

Quod ad perſonas, id perſpicuè à Papi- 2
niano decernitur in *l. cohæredi* 41. §. *qui patrem* 5. *ff. de vulg. & pupill.* Verba ejus apponam. *Qui Patrem, & Filium pro parte hæredes inſtituerat, & invicem ſubſtituerat, reliquis cohæredibus datis, poſt completum aſſem ita ſcripſit: hos omnes invicem ſubſtituo: voluntatis ſit quæſtio, an commemoratione omnium, patrem, & filium ſubſtitutioni cohæredum miſcuiſſet; an eam ſcripturam ad cæteros omnes transtuliſſet: quod magis veriſimile videtur propter ſpecialem inter patrem & filium ſubſtitutionem.* Voluntatis eſſe quæſtionem ait Papinianus, propterea quod adjectum fuit verbum univerſale *omnes*, quod ex propria ſignificatione comprehendit etiam patrem, & filium. Cæterùm ſi verbum illud non adjeciſſet teſtator, nulla eſſet hâc de re controverſia. Adjecto autem illo verbo id efficitur ſolùm veriſimile, non autem uſquequaque certum: adeòque ſi conjecturæ contrarium ſuadeant, à regula recedendum erit. Atque hoc Paulus docet in ſimili diſpoſitione circa ætatem. Cùm enim teſtator filio ſuo, ſi intra decimum ætatis annum deceſſiſſet, Titium ſubſtituiſſet, Mævium verò, ſi intra decimum quartum: & filius octo annorum deceſſiſſet; quæſitum fuit, an ſolus Titius hæres eſſet, an etiam Mævius. Equidem filius deceſſit tam intra decimum, quàm intra decimum quartum: nihilominùs Titius ſolus ſuccedit; niſi contraria voluntas teſtatoris apertè oſtendatur, ut ibi ait Paulus in *l. ex facto* 43. §. *item quæro* 5. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Nititur igitur hæc regula ſolâ juris præſumptione, quæ non reſpuit contrarias conjecturas: dummodo illis apertè oſtendatur contraria teſtatoris voluntas.

Accedunt duæ aliæ leges, quæ id ipſum 3
confirmant *l. alimenta* 16. §. *Baſilicæ & l. verba* 5. *ff. de alim. leg.* In prima legata erat Baſilicæ libertæ pecunia, unde ſe aleret:

alio

Digitized by Google

alio capite generaliter libertis libertabuſque cibaria, & veſtiaria, & habitatio relicta erant. Hoc ſecundum legatum non comprehendit Baſilicam: niſi hoc quoque ei datum probaretur. In altera lege omnibus libertis cibaria legata erant. Alio loco teſtator Prothymo, Polychronico, & Hypatio cibaria reliquit, eoſque commendavit hæredibus, cum quibus morari voluit. Quæro, an omnibus cibaria debeant dari, an his, quos commendavit, & cum hæredibus eſſe juſſit. Modeſtinus reſpondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi. Tribus hiſee libertis cibaria debentur non ex legato generali, ſed ex ſpeciali. Neque hîc admitterentur contrariæ conjecturæ, ne legatum ſine cauſa duplicetur. Sed videnda eſt, ſi lubet, hujus legis explicatio in diſſertatione de ſpecie adjecta generi.

4 Idem, quod de perſonis eſt conſtitutum, etiam de dilatione ſolvendi traditur in *l. 4. ff. de dot. præleg.* Cùm vulgari modo dies legatorum profertur, nihil eam rem ad dotis relegationem pertinere ait, quia ſuum diem habet. Pluribus exemplis ad explicatum in *l. talis ſcriptura 30. per tot. ff. de leg. 1.* ex cujus initio conſtat, quid ſit vulgari modo diem legatorum proferre. De cautione idem traditum in *l. doli 119. ff. de V. O.*

5 Jam verò de rebus legatis videamus. In *l. cùm alii 2. ff. de trit. vin. & ol. legat. Cùm alii penum, alii vinum legatum eſſet; excepto vino omne penum ad alium legatarium pertinebit.*

In *l. Stichus 20. in princ. ff. de alim. vel cibar. leg. Stichus nutricis meæ nepos liber eſto, cui decem aureos annuos dari volo. Qui deinde, interpoſitis nominibus, eidem Sticho contubernales ejus, & liberos legavit; hiſque quæ vivus præſtabat. Deinde alio capite libertis omnibus, quæ vivus præſtabat, dari juſſit: quæro, an Stichus præter ſuum legatum & alimenta percipere poſſit. Reſpondit, ſecundùm ea, quæ proponerentur, non poſſe.* Rectè. Nam legatum annuum liberto relictum, pro alimentis relictum cenſetur *l. à filio 15. in princ. ff. de alim. vel cibar. leg.* & ſimile exemplum proponitur in *l. libertis in princ. ff. eod. & in §. poſthumis ead. l. & laudata l. Stichus 20. §. Titia ff. eodem.* Ac propterea cùm in ſpecie, & nominatim ei relicta fuerint alimenta, non comprehenditur in generali legato alimentorum libertis omnibus relicto. Ex quo efficitur, quod etiamſi illud, quod generali legato relinquitur, in legato ſpeciali non expreſsè, ſed tacitè ex juris interpretatione contineatur, tamen ſpecies à genere exempta cenſetur.

In *l. 1. ff. de aur. & arg. leg.* Alii veſti- 6
menta: alii veſtis muliebris legata eſt. Illi debentur reliqua veſtimenta detractis muliebribus: huic veſtimenta muliebria. Item alteri mundus muliebris, alteri argentum omne legatum eſt. Huic debetur omne argentum, detracto tamen argento, quod in mundo eſſet, quod alteri legatum eſt. Item uni urbani ſervi legati ſunt, alteri diſpenſator: illi debentur omnes ſervi, *excepto diſpenſatore.* Singulari animadverſione dignum eſt ſecundum exemplum, tum quia etiam legatum mundi muliebris generale eſt, non minùs, quàm legatum argenti: tum quia in mundo muliebri continetur quidem argentum muliebre, non tamen hoc nominatim & expreſſe legatum eſt, ſicut nominatim continetur in generali legato omnis argenti. Quamobrem nulla ratio apparet, cur potiùs argentum muliebre cedere debeat legato mundi muliebris, quàm legato omnis argenti: præſertim propter verbum illud univerſale *omne*, ſed hoc ita deciſum fuiſſe à Pomponio arbitror, quia licèt mundus muliebris plures diverſas res contineat *l. argumento §. ornamenta, verſ. mundus l. ſi uxori in princ. ff. de auro & arg. leg.* tamen adjectio illa *muliebris* efficit, ut ſpeciei rationem habeat *l. Plautius 8. ff. eod.* maximè ſi argentum, quod eſt in mundo, conſideretur, quod ſingularis res eſt, reſtrictum ad vaſa unguentaria, quæ argentea eſſe poſſunt, & ſi qua ſunt ſimilia: reliquum enim argentum ad ornamenta pertinet, non ad mundum *d. l. argumento §. ornamenta.* Plurimùm enim intereſt decernere, quodnam ſit genus, quæ ſpecies: quandoque enim id non modicam habet dubita-

Digitized by Google

tionem, cùm duo genera eſſe videantur, ut in *l. ſervis urbanis* 99. §. *ult. ff. de leg.* 3. ubi cuidam legati erant vernæ, alii curſores: quidam autem ſervi erant ſimul & curſores, & vernæ. Dubitatum fuit, cui cederent: utrumque enim genus eſſe videtur tam vernarum, quàm curſorum. Paulus tamen reſpondit, curſoribus cedere: ſemper enim ſpecies generi derogat. Nimirùm licèt plures, ac plures poſſint eſſe curſores, tamen curſorum officium nullas ſpecies continet: nomen autem vernæ plures ſpecies ſubjectas habet: putà quidam ſunt atrienſes, quidam fabri, quidam textores, ac ſimiles: tot enim poſſunt eſſe ſpecies vernarum, quot ſunt miniſteria, & officia ſervorum. Subdit deinde Paulus. *Si in ſpecie aut in genere utrique ſint, plerumque communicabuntur.* Multùm igitur refert diſtinguere ſpeciem à genere. Illud animadvertendum eſt, hîc genus & ſpeciem more dialecticorum accipi, ut ſuprà etiam indicavimus.

7 In contrariam partem multa afferri poſſunt: ac primò contrarium reſpondiſſe videtur Julianus in *l. ſi domino* 99. *ff. de leg.* 1. *Si domino Stichus legatus eſſet, & ſervo ejus optio data; partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere, quod poſſit ſervus manumiſſus eundem Stichum optare.* Idem Julianus in *l. ſi Eros* 11. *ff. de opt. leg. Si Eros Sejo legatus ſit, & Eroti fundus, deindè optio ſervi Mævio data fuerit, iſque Erotem optaverit, fundus ad ſolum Sejum pertinebit, quoniam adita hæreditatis tempore is ſolus erat, ad quem poſſet legatum pertinere.* Pro certo habet Julianus eum cui legata eſt optio, poſſe optare ſervum alteri legatum. Non poſſunt hæc eſſe contraria ſententiæ, quam ſuprà probavimus, quam probat idem Julianus horum legum auctor in *l. uxorem* 41. §. *feliciſſimo* 3. *ff. de leg.* 3. ubi ait, non eſſe veriſimile, teſtatorem, qui ſpecialiter libertis fundum legavit, ad filium, cui & hæreditatis partem reliquit, legatum generali ſermone transferre voluiſſe. Quamobrem inveſtigare oportet diſcrimen inter legatum generis, & legatum optionis.

8 Gloſſa ait, quòd teſtator duos tantùm ſervos habebat, Erotem, & alium: adeòque inutile eſſet legatum optionis, ſi non poſſet Erotem optare. Veriſſimum id quidem, ſi aliquo argumento conjectare poſſemus, teſtatorem duos tantummodo ſervos habuiſſe. Sed præterquam quod nulla, ne levis quidem, conjectura poteſt afferri, contrarium potiùs conjicere poſſumus, quia conſtanter duobus locis, ac diverſis factis propoſitis, Julianus reſpondit ſine ullâ diſtinctione.

Verius igitur exiſtimo, legatum optionis legato generali comparandum non eſſe. Qui legat genus, legat omnes ſervos, quos genus complectitur *l. ſi chorus* 79. *ff. de leg.* 3. Qui legat optionem, unum tantummodò ſervum legat incertum quidem ante optionem, ſed qui certus ex optione fiet. Itaque ſi uni ſervus, alteri optio ſervi legetur, utrumque legatum ſpeciale eſt, alterum continet ſpeciem certam, alterum incertam. Quamobrem obtinere debet regula à Paulo tradita in *l. ſervis urbanis* 99. §. *ult. ff. de leg.* 3. *Si in ſpecie aut in genere utrique ſint, plerumque communicabuntur.* At enim, inquies, legatum optionis orationis compendio omnes ſervos comprehendit *l. Mævius* §. 1. *ff. de leg.* 2. Veriſſimum id eſt quoad facultatem eligendi, non quoad obligationem; neque enim omnes ſervi debentur legatario, ſed is tantùm, qui à legatario optabitur, vel illi tres tantùm, quos eligere poteſt ex legato optionis *l.* 1. *ff. de opt. leg.* Et cùm optionis legatum eſſet olim conditionale §. *optionis* 23. *inſtit. tit. de leg.* non antè naſcebatur obligatio, nec dominium transferebatur in legatarium, quàm ſi optaſſet.

Sed hoc maximè probat in legato optionis contineri etiam ſervum alteri legatum: nam cùm generaliter unus ſervus per optionem legetur *l. his conſequenter* 18. *in princ. ff. fam. erciſc.* utique teſtator de omnibus ac ſingulis videtur cogitaſſe *l. cùm ita legatur* 9. *ff. de opt. leg.* quæ eſt ejuſdem Juliani: *eum, qui ſub conditione libertatem Sticho det, & optionem ſervorum, non cogitare de Sticho, ſicuti conſtat non cogitare eum de eo, cui præſentem libertatem dederit: ſecundum quod ſi Stichum optavero, nihil agam, & ex cæteris*

nihilominus optabo. Non cogitat teſtator de ſervo manumiſſo: ſi enim eum vult eſſe liberum, utique non vult eum præſtari legatario. De reliquis cogitat teſtator: cogitat etiam de ſervo alteri legato: nam & hic in familia, ex qua fieri debet optio, continetur *l. ſi optio* 13. *ff. de opt. leg.* & ab hærede præſtari poteſt. Is cui generaliter omnes ſervi legati ſunt, facilè vindicabit etiam ſervum alteri legatum, cùm dimidiam ejus partem ſit conſecuturus, & ideò teſtator ipſum alteri legando exemit è genere legato. Is, cui optio legata eſt, non facilè optabit ſervum alteri legatum, quia eum optando dimidiam tantùm partem ejus eſt conſecuturus; alium autem optando totum ſervum eſt habiturus: & ideo hunc ſervum non eximit è familia teſtator. Ille contentus eſſe debet omnibus aliis ſervis, quos conſequitur ex liberalitate teſtatoris, non adimere partem ſervi alteri legatario, qui unum tantùm ſervum accepit à teſtatore; & hoc teſtatorem voluiſſe non eſt veriſimile. Hunc qui unum tantùm ſervum, aut ad ſummum tres eſt conſecuturus, laxiorem in optando facultatem habere conſentaneum eſt voluntati teſtatoris. Sic igitur concludendum eſt ex ſententia Juliani: ex legato optionis eximitur à teſtatore ſervus, qui ab eo vel præſentem vel ſub conditione libertatem accepit, quia de hoc non videtur cogitaſſe teſtator; cùm enim voluerit eum eſſe liberum, noluit eum legatario optionis præſtari. Quocirca, ſi conditio libertati adjecta defecerit ante aditam hæreditatem, poterit ille ſervus optari, laudata *l. cùm ita* §. *ult. ff. de opt. leg.* Longe aliter ſe res habet in legato familiæ vel omnium ſervorum. Nam qui uni certum ſervum legat, & alteri omnes ſervos, numquam videtur cogitaſſe de illo ſervo, quem illi ſpecialiter legavit.

9 Contrarium quoque eſſe videtur Modeſtini reſponſum in *l. ſi alii* 19. *in princ. ff. de uſu & uſufr. leg.* cujus auctoritas à quibuſdam doctiſſimis viris eſt repudiata. Teſtator alii fundum, alii uſumfructum ejuſdem fundi legavit; reſpondit Modeſtinus, uſumfructum inter eos communicari.

Sed nullo modo contrarium eſt regulæ, quam initio ſtatuimus. Neque enim hic agitur de legato generis & ſpeciei. Non eſt alii legatum genus, alii ſpecies: ſed uni legatum eſt totum, alteri pars. Fundus non eſt genus, ſed res ſingularis, nec uſusfructus eſt ſpecies fundi. Fundus eſt totum quiddam conflatum ex proprietate, & uſufructu: uſusfructus, & proprietas ſunt partes fundi, quæ juris intellectu fundum componunt *l. qui uſumfructum* 58. *ff. de V. O.* Quamobrem ille, qui legat uſumfructum, legat partem fundi, & quidem eam partem, quâ detractâ fundus dari non intelligitur. Quo fit, ut qui fundum legat, neceſſario complectatur & proprietatem, & uſumfructum; quia detracto uſufructu fundus dari non intelligitur *d. l. qui uſumfructum ff. de V. O.* Detractâ ſpecie remanet genus, detracto uſufructu non remanet fundus, ſed ſola proprietas. Atqui non ſola proprietas legata fuit, ſed proprietas conjuncta cum uſufructu.

Atque ut clariùs eluceat, Modeſtini reſponſum ad rem noſtram non pertinere, obſervandum eſt, nos, cùm dicimus ſpeciem uni legatam non comprehendi in genere alteri legato, niti conjectura voluntatis teſtatoris, qui ſpeciem legando videtur eam à genere eximere. Contrà Modeſtinus nititur verbis teſtatoris, eorumque ſignificatione etiam contra ejus voluntatem. Ibi: *Si eo propoſito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto uſufructu proprietatem eum legare oportet eo modo* &c. Et hoc eſt, quòd in multorum reprehenſionem incurrit, quod verborum vim voluntati prætulerit: quam, ſi quando nobis obvenerit occaſio, diluemus. Quod ad rem noſtram attinet, Modeſtinus in ea lege non diſputat, an ſpecies generi deroget: Sed an erraverit teſtator, qui legavit fundum, cùm vellet legare nudam proprietatem, & an à verbis ſit recedendum, ut errori teſtatoris obſequamur: ſeu, ut dicam planiùs, an cùm perſpicua ſint verba teſtatoris, admittenda ſit voluntatis quæſtio, quod etiam Paulus negavit in *l. ille aut ille* 26. *ff. de leg.* 3. Nam quòd legato uni fun-

do, alteri uſufructu, inter eos communicetur uſusfructus, controverſum non erat *l. ſi tibi decem 6. ff. de uſufr. ear. rer. l. Sempronius Attalus 26. §. ult. ff. de uſufr. leg.* ſicuti ſi uni legetur domus, alteri habitatio *l. Sempronio 33. in princ. ff. de uſu & uſufr. leg.* Id erat in controverſia, an uſusfructus eſſet communicandus, etiamſi teſtator legaverit fundum eo propoſito, ut nudam proprietatem legaret; & Modeſtinus reſpondit, nihilominus totum fundum legatum eſſe, & communicandum uſumfructum, quemadmodum in re non abſimili ſtatuerunt Servius, & Celſus contra opinionem Tuberonis in *l. Labeo 7. §. ult. ff. de ſupell. leg.*

10 Sed obſtat text. in *l. cum quæſtio 23. C. de leg.* Qui legat uni totum, alteri tertiam partem, primo duæ tertiæ, alteri tertia debetur, & ita de aliis partibus. Sed hæ ſunt partes quantitativæ, ut aïunt, quæ non poſſunt communicari cum eo, cui totum legatum eſt ex voluntate teſtatoris, quia ſecundus non haberet tertiam partem, ſi eam cum primo communicaret, quod voluit teſtator d. *l. cum quæſtio.*

11 Sequitur aliud argumentum, quod duci poteſt ex *l. uxorem 41. §. codicillis ff. de leg. 3.* Teſtator ſervis manumiſſis legavit contubernales, itemque filios & filias. Idem poſtea petit ab heredibus ſuis, reſtituerent quoſdam fundos, cum omnibus, quæ ibi erunt, & mancipiis ruſticis, vel urbanis, & actoribus, exceptis manumiſſis. In fundis legatis tempore mortis teſtatoris erant ſervi Eros, & Stichus, qui actum adminiſtrabant; & erant filii Damæ, qui à teſtatore fuerat manumiſſus. Quæſitum fuit, an illi ad Damam pertinere deberent, quod ejus eſſent filii, an verò ad uxorem, quod in fundis ei relictis eſſent. Reſpondit Scævola, ad patrem naturalem intuitu pietatis eos pertinere. Non confugiſſet Scævola ad intuitum pietatis, ſi ſervi illi ſpecialiter legati patri naturali, exemti eſſent à genere mancipiorum uxori legato.

Reſpondetur, confugiendum fuiſſe ad intuitum pietatis pluribus de cauſis. Prima ac potiſſima eſt, quia teſtator, cum legavit ſervis manumiſſis contubernales, nec non filios, & filias, excepit eos, quos uxori legaſſet: atqui Eros & Stichus uxori legati erant, cui reliquit teſtator mancipia, quæ in fundis per fideicommiſſum uxori relictis eſſent. Accedit quod nominatim teſtator reliquit uxori actores, qui eſſent in fundis fideicommiſſis, & hujuſmodi erant Eros, & Stichus. Concurrit & alia cauſa, quia hîc non erat uni relictum genus, alteri ſpecies: ſed aut utrique genus, aut utrique ſpecies: Nam manumiſſis legati erant filii, & filiæ nominatim: uxori relicti erant nominatim actores: itaque viderentur eſſe communicandi Eros, & Stichus inter Damam, & uxorem juxtà *l. ſervis urbanis 99. §. ult. ff. de leg. 3.* Sed omnem controverſiam dirimit intuitus pietatis, quo præſumitur adductus teſtator ad legandos filios, & filias ſervis, quos manumiſit: ut poſſint eis libertatem dare, eoſque piè, ac liberaliter tractare.

Aliud argumentum nobis ſuppeditat idem 12
Scævola in *l. Titia 19. §. qui Marco ff. de ann. leg.* *Qui Marco homini dicto certa annua præſtabat, teſtamento cavit: Domina ſanctiſſima ſcio te de amicis meis curaturam, ne quid his deſit: verumtamen & Marco dari octingenta Reſpondit Scævola, Marco deberi non ſolum octingenta, ſed etiam annua, quæ teſtator ei vivus præſtabat.*

Nullius momenti eſt hoc argumentum. Non eſt uni legatum genus, alteri ſpecies: Sed eidem legata tum octingenta, tum annua. Non eſt legatum genus & ſpecies. Nam nec annua ſunt ſpecies octingentorum, nec octingenta ſunt ſpecies Salarii annui, quod à vivo teſtatore ei præſtabatur. Solùm igitur concurrunt duo legata in eodem legatario atque adeo utrumque præſtandum eſſe dubitari non poterat. De eo controverſia erat, an Marco relicta eſſent annua illis verbis: *ſcio te de amicis meis curaturam, ne quid his deſit.* Item an octingenta relicta eſſent & ſubrogata in locum annui ſalarii: tunc enim annuum ſalarium non deberetur, ſed ſolum octingenta *l. alimenta §. Baſilica ff. de alim. leg.* quam ſupra expoſui. Sed verba, quibus uſus eſt teſtator: *verumtamen Marco, &c.* demonſtrant, teſtatorem voluiſ-

ſe, Marcum habere utrumque legatum, atque ita rectè ea eſt interpretatus Scævola.

13 Supereſt aliud petitum ex *l. ult. §. ult. ff. de aur. & arg. leg. Mulier Seja legavit ornamenta univerſa: deinde juſſit, ſe funerari arbitrio viri, & ex ornamentis inferri ſibi lineas duas ex margaritis, & viriolas ex ſmaragdis. Sed neque maritus neque heredes curarunt, ut hac ornamenta inferrentur. Reſpondit Scævola, non ad heredes, ſed ad Sejam legatariam ea ornamenta pertinere.*

In promptu eſt reſponſio. Non impleta voluntate teſtatricis, quæ viriolas ex ſmaragdis, & duas lineas margaritarum è genere ornamentorum exemerat, ut iis ornaretur, cum ſepeliebatur, utique genus non minuitur, & Sejæ, cui ornamenta legata fuerunt hæc quoque debentur, cum in genere legato contineantur, à quo non fuerunt exempta, non impleta teſtatricis voluntate, quæ facto mariti, & heredis ad nihilum recidit, adeoque nihil detrahit legato generali.

CAPUT XXIII.

Ad L. legata 9. ff. de ſuppellect. leg.

SUMMARIUM.

1 *An ſpecies expreſſa coanguſtet genus, voluntatis quæſtio eſt. Interpretes, qui eam tractarunt, veritatem non aſſequuti.*

2 *Species adjecta genus non minuunt, ſi qua cauſa appareat, cur adjecta fuerint. Expendantur loca, quæ pro negativa ſententia afferuntur ad n. 6.*

7. *Enumerantur loca, quibus affirmativa ſententia confirmatur ad n. 16.*

1 SUccedit altera controverſia, quam in ſuperiore attigimus, infinitis propemodum difficultatibus involuta, quam dum explicare conati ſunt interpretes, & in forenſibus cauſis apprimè exercitati, mirabiliter implicarunt. Ea eſt, an ſpecies expreſſæ coanguſtent genus, ipſumque contrahant ad ſpecies expreſſas. Voluntatis quæſtio eſt: adeoque oleum & operam perdunt, qui hac de re certam regulam ſtatuere conantur. Facilè
2 quidem rem expediunt, qui ajunt, tunc ſpeciem genus coarctare, cum adjecta eſt aliqua particula taxativa: *ſcilicet; videlicet*, aliave ejuſdem modi. Sed hi non ſolvunt quæſtionem, verum ab ea declinant. De hoc enim nulla poteſt eſſe controverſia, cùm manifeſta ſit voluntas teſtatoris ſuam mentem perſpicuè declarantis. Alii diſtinguunt, an ſpecies præcedat genus, an ſubſequatur. Inanis profectò diſtinctio, nulloque jure, nulla ratione ſuffulta. Sunt, qui doceant, diſtinguendum eſſe, an genus ſit per adjectivum neutraliter poſitum; an per ſubſtantivum. Niſi vererer de doctiſſimis viris detrahere, hanc diſtinctionem non ſolum commentitiam eſſe dicerem, ſed etiam ineptam. Certè veteres Juriſconſulti nihil tale cogitarunt. Ut hoc appareat, atque extet ſingulas leges, quæ hac de re pertractant, diligenter explanabimus, & quæ in utramque partem differuntur, exponemus, ac deinceps, quid in hac perdifficili, & perobſcura quæſtione ſentiamus, in ſequenti diſſertatione proponemus.

Primum autem, quod ſpecies non imponat generi modum, nec legatum minuat, 3
perſpicuè traditum ab Ulp. in *l. quæſitum* 12. *§. ſi quis fundum* 46. *ff. de fund. inſtr.* pro quo facit auctoritas Papiniani in *l. legato* 9. *ff. de ſuppell. leg.* Papinianus ita ſcribit. *Legata ſupellectili, cum ſpecies ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato, non derogatur. Si tamen ſpecies certi numeri demonſtrata fuerint, modus generi datus intelligitur.* Ulpianus autem in laudata *l. quæſitum* Papiniani reſponſum generaliter accepit. Ait enim: *Si quis fundum ita, ut inſtructus eſt, legaverit, & adjecerit cum ſuppellectili, vel mancipiis, vel cum aliqua re, quæ nominatim expreſſa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo ſpeciem, an vero non, quæritur: & Papinianus reſpondit, non videri minutum, ſed potius ex abundanti adjectum.* Verba illa Papiniani: *cum ſpecies ex abundanti per imperitiam enumerentur.* Ulpianus ita interpretatur, quaſi Papinianus pro certo affirmaverit, credendum eſſe, ſpecies adjectas fuiſſe per imperitiam ex abundanti. Quapropter niſi contrarium manifeſtè demonſtretur, minutum non erit legatum. De altera legis parte, quæ videtur paulo obſcu-

Digitized by Google

rior, quando videlieet modus legato datus intelligatur, dicemus in proxima.

Hanc opinionem plerique confirmant auctoritate Modeſtini in *l. verba 5. ff. de alim. vel cib. leg.* Ibi: *Teſtator ita legaverat: omnibus libertis meis cibaria præſtabis pro arbitrio veſtro, non ignorans, quos ex his caros habuerim. Item alio loco ita ſcripſit; Prothymum, Polychronium, Hypatium commendo, & ut vobiſcum ſint, & csbaria præſtetis peto. Quæſitum fuit, an omnibus cibaria dari deberent, an ſolis illis, quos commendavit, & cum heredibus eſſe juſſit. Modeſtinus reſpondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio ſtatuendum eſſe:* ſed hoc Modeſtini reſponſum, ut ingenuè fatear quod ſentio, ad quæſtionem noſtram non pertinet. Animadverto enim verba illa: *pro arbitrio veſtro*, non referri ad electionem libertorum, quibus alimenta præſtanda ſint: teſtator enim omnibus libertis cibaria præſtari voluit; non dedit electionem heredibus, quibuſnam ea præſtare vellent: ac propterea rectè reſpondit Modeſtinus, omnibus libertis cibaria relicta proponi. Ea igitur verba referuntur ad modum alimentorum: hoe eſt, heredes ſeientes, quos teſtator ex libertis caros haberet, his pinguiora alimenta præſtare debent: & ideo rectè dixit Modeſtinus, morum eibariorum arbitrio boni viri ſtatuendum. Lieet enim teſtator id commiſerit arbitrio heredum, tamen ipſi arbitrari debent, quemadmodum vir bonus arbitraretur. Illud etiam animadvertendum, quod ſecundum legatum tribus illis libertis nominatim relictum non poteſt miuuere primum, quod generatim relictum eſt omnibus: tum quia, cum expreſsè relictum ſit omnibus, non poſſunt ab eo reliqui excludi, niſi fuerit ipſis ademptum: tum quia hoc ſecundum legatum diverſum eſt à primo, quia non ſolum in hoc cibaria relinquit tribus libertis teſtator, ſed etiam mandat heredibus, ut eos ſecum habeant, & cum eos commendet heredibus, hoc ipſo demonſtrat, eos ſibi catos eſſe atque eis cibaria pinguiora eſſe præſtanda, ſicut mandaverat in primo legato. Conſtat igitur, hoc ſecundum legatum adjeeiſſe teſtatorem, non ut cæteris adimeret legatum, & cibaria in primo legato ipſis relicta; ſed ut hos commendaret heredibus, & caros ſibi eſſe declararet, & velle ſe eos cum heredibus commorari. Quamobrem ex hac lege conficitur, quod ſi qua cauſa appareat, cur teſtator ſpecies generi adjecerit: ae ſi verba commodè alio referri queant, idque recta ratio ſermonis ſuadeat, numquam ſpecies adjectæ genus minuent, eique modum ac terminos anguſtiores eircumſcribent.

4 Minus ad rem attinet Scævolæ reſponſum in *l. alimenta 16. §. Baſilica ff. de alim. & cib. leg. Baſilica legata erant decem, ut cum annorum vigintiquinque eſſet, ei reſtituerentur cumuſuris, ex quibus aleretur. Alio capite libertis, libertabuſque cibaria, & veſtiaria, & habitatio legata erat. Quæſitum fuit, an hac quoque Baſilica deberentur: reſponſum eſt non deberi.* In hac lege non id, de quo agimus, in quæſtione verſatur: Sed an legatum ſpeciale duplicatum videatur, adjecto legato generali: Seu an genus comprehendat etiam ſpeciem, de qua teſtator ſpecialiter jam diſpoſuerat, qua de re in ſuperiore diſputavimus, & fortaſſe alias diſputabimus. Baſilieæ libertæ relicta erant decem cum uſuris, ut ex his aleretur: adeoque ei relicta erant alimenta. Poſtea legata erant alimenta libertis, libertabuſque, utique in hoe legato generali Baſiliea non continetur, eui jam alimenta ſpecialiter erant legata, neque enim veriſimile eſt, teſtatorem voluiſſe eam habere alimenta duplicata. Et ideo optimam rationem ſubdit Claudius: *quia deſtinaverat alimentis ejus uſuras pecuniæ, quas ei ſpecialiter prælegaverat*: ſpeeies hîe coarctat genus eo modo, quo poteſt. Nam Baſilica in legato generali non continetur: non ea ratione quia ſpecies coarctet genus, ſed quia alimenta jam ei erant legata. Cæterum, quod noſtræ quæſtionis eſt, hoc loco genus in unam ſpeciem redigi non poteſt: hoc eſt, ſoli Baſilicæ alimenta deberi. Etenim cum duo ſint legara inter ſe diverſa, atque ſejuncta, ſi ſoli Baſilieæ alimenta deberentur, legatum generale alimentorum eſſet omnino inutile: quo nihil abſurdius dici poteſt, aut cogitari. Neque

Digitized by Google

adeo juris ignarus fuit Scævola, ut hoc in controverſiam vocaret: aut tamquam rem dubiam incertamque proponeret.

Superſunt aliæ duæ leges explicandæ. In *l.*
5 *annuam* 6. *ff. de ann. leg. Teſtator annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus præſideri heredes voluit, ſucceſſores negant ſe debere, quaſi teſtator tamdiu præſtari voluiſſet, quamdiu præſiderent heredes. Reſpondit Modeſtinus fideicommiſſum in perpetuum præſtandum eſſe.* Sed hîc nulla ſpecies adjecta generi, verùm qualitas adjecta legato in honorem heredum: quæ legatum, quod natura ſua perpetuum eſt, *l. pen. ff. eod.* non efficit temporarium.

In *l. quiſquis* 95. *in fin. ff. de leg.* 3. Teſ-
6 tator legaverat cuidam, quantas ſummas dictaſſet: dictavit etiam res corporales. Quæſitum eſt, an hæ legato continerentur. Eas quoque contineri reſponſum eſt. Futile eſt argumentum, quod ex hac lege deducitur. Alieniſſimum enim eſt à noſtra quæſtione, quod in ea lege vocatur in dubium. Nimirum dubitatur, an nomine ſummarum res corporales contineantur: & contineri reſpondetur, tum quia id non abhorret à verbi ſignificatione, ut ibi probatur exemplis, tum quia conſentaneum eſt voluntati teſtatoris, qui inter ſummas dictavit etiam res corporales.

7 Contraria ſententia graviſſimis firmiſſimiſque nititur argumentis. Primum ducitur à *l. heres meus* 100. §. 1. *ff. de leg.* 3. Duæ ſtatuæ marmoreæ cuidam nominatim, item omne marmor erat legatum. Quæſtionis fuit apud veteres, an ſolæ duæ ſtatuæ legato continerentur, quæ nominatæ erant, an etiam reliquæ, quæ generali legato marmoris poterant contineri. Javolenus ſtatuit, ſolas duas deberi. Animadvertendum tamen eſt, quòd hîc duo proponuntur legata: alterum ſpeciale ſtatuarum: alterum generale marmoris. Dubitatur, quid generali legato marmoris teſtator voluerit comprehendere: & licèt verbi ſignificatio poſſit etiam ad ſtatuas extendi, tamen, cùm ſtatuas ſeparatim ac ſpecialiter legaverit, poteſt videri, non putaſſe in marmore ſe ſtatuas legare. Quamobrem ſi ſubtiliùs expendatur Javoleni reſponſum, pertinet potiùs ad eam quæſtionem: an ſpecies expreſſa in genere contineatur.

Alterum ducitur à *l. ult. in fin. ff. de trit.* 8
vin. & ol. leg. Ibi: *Legatum erat vinum amphorarium, Amineum, Græcum, & dulcia omnia. Inter dulcia nihil niſi quod potionis eſt, legatum videtur.* Equidem vini commemoratio reſtringit generale legatum omnium dulcium. Verumtamen ſi rem attentiùs conſideremus, non reſtringitur genus à ſpecie expreſſâ, nam & vini legatum generale eſt: ſed cùm legato vini ſubjiciantur verba illa: *& dulcia omnia*: dubitatum fuit, an ea tantùm dulcia legata viderentur, quæ ſunt ejuſdem generis, ac vinum; nempè quæ ſunt potionis, ut paſſum, defrutum, & alia poculenta, an verò etiam eſculenta, ut ficus, caricæ, mel, & alia hujus generis. Et quia conjunctim eâdem oratione poſt genera vini enumerata adjecit etiam dulcia, reſpondit Labeo, ſolùm ea, quæ ſunt potionis, legato contineri ex collatione vini amphorarii. Collatio igitur vini ſuprà legati genus dulcium ad potiones contrahit, ac reducit, non ſpecies expreſſa. Itaque ex hâc lege potius illud deduci poſſe videtur, quòd quoties alicui generi ſubjicitur aliquid magis generale, & quod latiùs pateat, quàm genus ſuperiùs expreſſum, hoc ad illud redigi ac reduci debeat, factâ collatione cum illo.

Tertium depromi poteſt ex *l. nam quod* 9
liquidæ 4. *in fin. ff. de pen. legata* Ibi: *Legata erat omnis penus præter vinum, quod Romæ erit. Pomponius & Paulus reſponderunt, ſolam penum, quæ Romæ eſt, legatam videri.* Hoc quoque legatum verè non reſtringit adjectio vini, ſed demonſtratio illa, quæ certo loco circumſcribit rem legatam: *quod Romæ erit.* Demonſtrat enim teſtatorem ſenſiſſe de penu, quæ Romæ erat: Exceptio enim ſicut confirmat regulam in his, quæ non ſunt excepta, ita demonſtrat, quâ de re voluerit diſponere teſtator *l. quæſitum* §. *idem reſpondit domo* 43. *verſ. denique Neratius ff. de fund. inſtr.* Itaque demonſtratio illa: *quod Romæ erit*, licèt adjecta fuerit

Digitized by Google

vino, tamen refertur ad totum legatum, hoc eſt, ad penum legatam. Nam quod excipitur, pars eſt ſubjecta generi, unde eximitur: ac propterea ſi vinum, quod Romæ eſt, excipitur, & de penu legatâ eximitur, penus quoque, quæ Romæ eſt, legata cenſeatur neceſſe eſt.

20 Quartum ex *l. cum de lanionis* 18. §. *cui fundum ff. de inſtr. vel inſtrum. leg. Cui fundum inſtructum legavit nominatim, mancipia legavit: quæſitum eſt, an reliqua mancipia, quæ non nominaſſet, inſtrumento cederent. Caſſius ait reſponſum eſſe, tametſi mancipia inſtructi fundi ſint, tamen videri eos ſolos legatos eſſe, qui nominati eſſent; quod appareret non intellexiſſe patremfam. inſtrumento quoque ſervos annumeratos eſſe.*

21 Quintum ex eâdem *l.* §. *quidam penult. Cùm quidam ita legaſſet; villam meam ita ut ipſe poſſedi, cum ſupellectile, menſis, mancipiis, quæ ibi deputabuntur, urbanis, & ruſticis, vinis, quæ in diem mortis ibi erunt, & decem aureis: & quæreretur, cùm in diem mortis ibi libros, & vitreamina, & veſticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent, quoniam quædam enumeraſſet. Scævola reſpondit ſpecialiter expreſſa, quæ legato cederent.*

22 In *l. Sejæ* 20. *in princ. ff. eod. Quidam teſtamento Sejæ reliquit fundos inſtructos, cum villicis, & reliquis colonorum. Poſteà in codicillis, oblitus teſtamentariæ ſcripturæ, legavit fundos ita ut ſunt inſtructi ruſtico inſtrumento, ſupellectile, pecore, & villicis, cum reliquis colonorum, & apothecâ. Reſpondit Scævola, teſtatorem, quid inſtructi appellatione contineri vellet, ſatis oſtendiſſe;* ideòque ea tantùm, quæ enumeravit, deberi: non autem quod uſûs quotidiani cauſâ in fundis haberet, licèt hoc quoque fundi inſtructi appellatione contineatur *l. quæſitum* §. *ſed ſi fundus cum ſeqq. ff. eod.*

23 In *l. quæſitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Argentum omne, & ſupellectilem, quodcumque habeo, tibi dono, & quicquid in prædio Semproniano habeo.* De hoc legato reſpondit Paulus: de argento, & ſupellectile, quæ alibi eſſet, eum, cujus notio eſt, æſtimaturum, ut obtineat, quod teſtatori placuiſſe à legatario approbabitur: ergo niſi legatarius probet, teſtatorem voluiſſe legare etiam argentum, & ſupellectilem, quæ alibi eſſet; legatum generale redigetur ad id ſolummodò, quod eſt in fundo Semproniano. Sed, ut ſuprà dicebam, deſignatio certi loci eſt, quæ laxiſſimum legatum arctiùs adſtringit, & reducit ad ea, quæ ſunt in fundo Semproniano. Nimirum cùm plura conjunctim legata, aut donata ſint, mentio fundi Semproniani in fine adjecta ad omnia antecedentia refertur: maximè quia in legato antecedenti teſtatoreum contentum eſſe juſſerat fundo Semproniano cum ſuis inhabitantibus, id eſt, familiâ, & quæ ibi erunt. Itaque ſubſequens epiſtola, in qua pariter legatum adſtringitur ad limites fundi Semproniani, interpretationem recipit à præcedenti legato *l. ſi ſervus* 50. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de legat.* 3.

In *l. legatorum* 33. §. 1. *ff. de legat.* 2. 14
Quidam plures hæredes inſtituit teſtamento: à quibuſdam nominatim relinquit legata: poſteà codicillos ad omnes hæredes ſcripſit. Reſpondit Modeſtinus, nihilominùs ea legata deberi ſolùm ab illis hæredibus, quos manifeſtè teſtamento teſtator expreſſerit. Non exiſtimo hanc propoſitæ ſententiæ plurimùm adjumenti afferre. Hîc non ſpecies derogat generi: ſed genus in codicillis adjectum non derogat ſpeciei in teſtamento nominatim expreſſæ. Prætereà teſtator ſcripſit quidem codicillos ad omnes hæredes, non tamen ab omnibus expreſſè legata repetiit. Nam ſi legata ab omnibus expreſſè repetiiſſet, ſicut à quibuſdam nominatim in teſtamento reliquerat, ab omnibus deberentur, non bis, ſed ſemel, *l. ſi tibi homo* 86. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. Mævius* 66. §. *eum qui ff. de leg.* 2. Cùm autem expreſſe & nominatim ab omnibus ea non repetierit, non debet id, quod incertum eſt, explicare rem certam; nec obſcura voluntas, claram & expreſſam in teſtamento voluntatem teſtatoris declarare aut ei derogare.

Supereſt explicandum aliud Scævolæ reſ- 15
ponſum in *l. Aurelius* 28. §. *teſtamento ita*

ff.

ff. de liberat. leg. Teſtamento ita ſcripſerat: Titio affini meo quicquid mihi quâcumque ex cauſa debebat, remitti volo, eoque amplius decem do. Codicillis ita ſcripſit: Titio hoc amplius affini, & debitori meo, uſuram pecuniæ, quam mihi debet, ab herede meo donec vivet, exigi veto: quòd ſi exigere contra voluntatem meam putaverit, ejus ſortis uſuram eidem Titio ab heredibus meis donec vivit, præſtari volo. Reſpondit Scævola, *videri minutum legatum, quod primò dederat.* Sed hîc non minuitur legatum propter ſpeciem adjectam generi. Sunt enim duo diverſa legata, diverſas res continentia, diverſis ſcripturis relicta. Primum relictum eſt in teſtamento: alterum in codicillis: primum continet liberationem à debito ſortis, alterum liberationem ab uſuris: primum eſt indefinitum, & nullo tempore circumſcribitur: alterum continet liberationem ab uſuris quamdiu vivet legatarius. Ratio igitur, cur ſecundum legatum minuat primum, ea eſt, quia ſecundum continet revocationem, & ademptionem primi quoad debitum ſortis. In primo enim teſtator legatario remittit, quicquid ex quacumque cauſa debebat: remiſſo autem debito, neceſſario conſequitur etiam remiſſio uſurarum in futurum, cum extincto debito principali non poſſint amplius currere uſuræ. In ſecundo remittit uſuras quoad vivet legatarius, & vetat eas exigi ab herede; & ſi exactæ fuerint, eas legatario reſtitui. Pugnat igitur ſecundum legatum cum primo. In primo enim remittit expreſſè ſortem, & tacitè uſuras ex neceſſaria conſecutione remiſſæ ſortis. Contra in ſecundo remittit expreſſe uſuras, & ex neceſſaria conſequutione confirmat debitum ſortis. Inſulſa enim eſſet & inutilis remiſſio uſurarum, ſi ſublatum eſſet debitum principale ſortis, unde profluit curſus uſurarum. Sunt ergo contraria hæc duo legata quoad debitum ſortis: à primo enim tollitur; à ſecundo confirmatur. Quapropter utrumque ſimul ſtare non poteſt. Et quia in ultimis voluntatibus poſterior ſcriptura ſpectari debet *l. ſi tibi certam 28. in fin. ff. de adim. legat.* & quæ poſteà geruntur, prioribus derogant *l. Divi §. licet ff. de jure codicill.* ideo attenditur legatum relictum in codicillis, quod derogat legato relicto in teſtamento: quod nudâ etiam voluntate poteſt revocari *l. 3. §. ult. ff. de adim. leg.* eaque etiam tacita *d. l. 3. in fin. l. ſi inimicitiæ ff. de his quib. ut indig. l. 2. in fin. & l. 3. ff. de aur. & arg. leg.* Optimus in rem noſtram *text. in l. libertis 18. in princ. ff. de alim. leg.* Atque hæc certiſſima ſunt: ſed ſcrupulum & dubitationem injiciebant illa verba: *hoc ampliùs*, quæ augendi legati cauſa videbantur adjecta. Quapropter videri poterat teſtator adjeciſſe remiſſionem uſurarum in codicillis rei magis declarandæ cauſâ, eo quod in teſtamento nullam uſurarum mentionem fecerat. Verùm rectè reſpondit Scævola, minutum eſſe legatum, tum naturâ rei, tum ipſâ neceſſitate hoc dictante. Etenim ſi extingueretur debitum principale ſortis ex mente teſtatoris, utique non poſſent exigi uſuræ, ut in codicillis ſupponit teſtator. Præterea quia teſtator liberat à ſolutione uſurarum ſolummodo legatarium quamdiu vivet, non vero tollit earum obligationem in perpetuum: quare mortuo legatario iterum incipient currere uſuræ, quod fieri non poſſet ſublato debito principali.

Hoc ad extremum moneo, fruſtra eſſe, 16
quod ad tutandam hanc opinionem præſidium petunt ex *l. cum fundus 126. ff. de V. S.* ibi enim nec generis, nec ſpeciei ulla ratio habetur: ſed cum dominus in dando fundo apertè, ac perſpicuè declaraverit: *jus fundi deterius factum non eſſe per dominum præſtabitur, amplius præſtabitur nihil*: licet verba illa: *uti optimus maximuſque eſſet*, ſignificent fundum liberum eſſe: tamen ambigua ſunt, quia poteſt eſſe liber ab omni ſervitute à quocumque impoſita, & poteſt dici liber a ſervitute impoſita à domino fundum dante. Propterea dominus ad tollendam ambiguitatem, addidit ſe tantum præſtare jus fundi per ſe deterius factum non eſſe, & nihil amplius: quibus verbis dilucidè planèque explicavit voluntatem ſuam, ut de ea dubitari non poſſet.

Digitized by Google

CAPUT XXIV.

Ad eamdem Leg.

SUMMARIUM.

1 *Species derogat generi in clara voluntate : in ambigua controverſum.*

2 *Prima regula : cùm ſpecies per imperitiam ex abundanti enumerantur , diſpoſitioni generali non derogant.*

3 *Maximè ſi alia cauſa appareat , ex qua ſpecies adjecta ſint.*

4 *Secunda : ſi ſpecies certi numeri demonſtrata fuerint , modus generi datus in his intelligitur. Exemplis explicatur.*

5 *Id obtinet cùm ſpecies certi numeri in ipſomet diſponente demonſtrantur , putà ſi eidem legata ſint.*

6 *Tertia : plures ac plures ſpecies adjecta genus coercent , & redigunt ad illas ſpecies. Exempla.*

7 *Expenditur l. quæſitum 12. §. ſi quis fundum 46. ff de fund. inſtruct.*

8 *Item l. Seja 20 ff. eod.*

9 *Traditur differentia inter ſecundam & tertiam regulam.*

10 *Quarta : Duobus legatis ſeparatim relictis , quod reſtrictius eſt , derogat alteri. Exempla.*

11 *Quinta regula. Species reſtringit genus , quoties utrumque conjunctim in eadem oratione exprimitur. Exempla.*

AN ſpecies adjecta generi modum imponat , ipſumque coerceat intra cancellos , quos ſpecies expreſſa circumſcripſit , in ſuperiore diſſertatione in utramque partem diſputavimus. Modò quid ſtatuendum ſit in tam difficili atque obſcurâ quæſtione , ope-
1 ræ pretium eſt inveſtigare. Equidem illud veriſſimum eſt , in toto jure ſpeciem generi derogare *l. in toto* 80. *ff. de reg. jur. l. ſanctio legum* 41. *ff. de pœn.* Exemplum hujus rei proponitur in laudatâ *l. ſanctio* & in *l. ſi cum fundus* 126. *ff. de V. S. Cùm fundum tibi darem , ita dixi : uti optimus maximuſque eſſet , & adjeci : jus fundi deterius factum non eſſe per dominum præſtabitur : amplius eo præſtabitur nihil.* Verba : *uti optimus maximuſque eſſet* , generalia ſunt , & ſecundùm illa dominus præſtare deberet fundum eſſe liberum : ſed cùm adjecerit verba : *jus fundi* &c. quæ genus expreſsè coarctant , non poteſt dubitari , dominum non teneri aliud præſtare , quàm jus fundi per ſe deterius factum non eſſe. Sed de hâc lege luculentiùs in fine ſuperioris diſſertationis , Aliud exemplum in *l. ex empto* 11. §. *qui autem ult. ff. de action. empti.* Venditor tenetur emptori præſtare eum habere licere non ſolùm per ſe , ſed per omnes *d. l. ex empto* 11. §. *pen.* At ſi promittat emptori habere licere per ſe, heredeſque ſuos , non tenebitur , ſi alius evincat , ſaltem ex empto in id quod ejus intereſt *d. l. ex empto* §. *ult.* Sed de his nulla eſt controverſia , cum quis diſtinctè atque explicatè voluntatem ſuam expoſuit : nam cùm in verbis nulla eſt ambiguitas , non eſt admittenda voluntatis quæſtio *l. ille, aut ille* §. 1. *ff. de leg.* 3.

Illud in controverſiam vocatur , quid ſta- 2
tuendum ſit , cùm ambigua eſt voluntas diſponentis. Quid hâc in re juris ſit meo judicio , quàm potero , planiſſimè dicam. Prima regula ſit , quam conſtituit Papinianus in *l. legata* 9. *ff. de ſuppell. leg. Legata ſupellectili cùm ſpecies ex abundanti per imperitiam enumerentur generali legato non derogatur.* Hanc confirmat Ulpianus in *l. quæſitum* 11. §. *ſi quis fundum* 46. *ff. de fund. inſtr. Si quis fundum ita ut inſtructus eſt , legaverit , & adjecerit : cum ſupellectili vel mancipiis , vel unâ aliquâ re , quæ nominatim expreſſa non erat : utrum minuit legatum adjiciendo ſpeciem , an verò non , quæritur : & Papinianus reſpondit , non videri minutum , ſed potiùs ex abundanti adjectum.*

Maximè verò obtinet hæc regula , ſi appa- 3
reat alia cauſa , propter quam teſtator generi ſpecies adjecerit , non eo animo ut legatum minueret : ut in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cibar. leg.* Ibi : *Omnibus libertis noſtris cibaria præſtabitis pro arbitrio veſtro non ignorantes , quos ex his caros habuerim : item alio loco : Prothymum , Polychronium , Hypatium commendo , ut & vobiſcum ſint , & cibaria præſtetis peto. Quæro an omnibus cibaria debeant dari ; an his , quos commendavit ; & cum heredibus eſſe juſſit. Modeſtinus reſpondit , omnibus libertis cibaria relicta præponi , quorum modum viri boni arbitrio ſtatuendum eſſe.* Apparet enim teſtatorem tribus libertis nominatim cibaria reliquiſſe : non ut cæteris.

ea adimeret : ſed ut eos commendaret hæredibus, ſibique caros eſſe oſtenderet, eiſque pinguius cibaria præſtarentur, & cum hæredibus commorarentur : ut fusè latèque diximus in ſuperiore. Itaque hîc opus non eſt ad illud Papiniani, atque Ulpiani perfugium confugere, per imperitiam & ex abundanti nominatos fuiſſe tres illos libertos. Quotieſcumque igitur verba teſtatoris & adjunctio ſpecierum alio referri poſſunt, numquam genus minuunt.

4 Altera regula, quam ab eodem Papiniano depromptam ſtatuimus, ea eſt. Si ſpecies certi numeri demonſtratæ fuerint, modus generi datus in his ſpeciebus intelligitur. Idem ſervabitur inſtructo prædio legato, ſi quædam ſpecies numerum certum acceperint. Verba ſunt Papiniani in *l. legata 6. in princ. ff. de ſupellect. leg.* quæ non modicâ indigent explicatione, ut, quid hâc regulâ contineatur, rectè teneamus. Exemplis à jure petitis rem planam faciemus. Primum petimus ex ***l. cùm de lanionis 18. §. cui fundum 11. ff. de fund. inſtruct.*** Quidam legaverat Sempronio fundum inſtructum, & nominatim duo mancipia, Stichum, & Getam. Quæſitum fuit, an reliqua quoque mancipia deberentur, quæ teſtator non nominavit, nàm legato fundo inſtructo debentur omnia mancipia, quæ agri colendi gratiâ in fundo ſunt ***l. in inſtrumento 8. in princ.*** & in ***§. quibuſdam l. quæſitum 11. §. Alphenus 2. & paſſim alibi ff. eodem.*** Verùm licèt in legato generali fundi inſtructi omnia mancipia contineantur : tamen, quia teſtator ſpecies certi numeri demonſtravit, hoc eſt, Stichum, & Getam nominatim legavit, illi ſoli legato continentur, quod appareret, non intellexiſſe, inſtrumento quoque ſervos annumeratos eſſe. Inſtrumentum fundi genus eſt, ſed genus ſummum, quod multa alia genera ſibi ſubjecta comprehendit : ut mancipia, cibaria, inſtrumenta, & alia, quæ fusè enumerantur in ***l. quæſitum 11. ff. de fund. inſtr.*** Animadvertendum enim eſt, quòd plerùmque Juriſconſulti genus appellant id, quod ſpeciem dialectici dicunt : & ſpeciem, quam dialectici nominant individuum. Itaque cùm ex genere mancipiorum à teſtatore nominatim duæ ſpecies legatæ fuerint, Stichus, & Geta, totum genus mancipiorum ad has duas ſpecies redigitur Stichum, & Getam, atque hi ſoli legato continentur, non reliqua mancipia.

Monendum tamen eſt, hoc ſolummodò 5
obtinere, cùm eidem legatæ ſunt ſpecies certi numeri. Cæterùm ſi alteri legata fuiſſent illa duo mancipia Stichus, & Geta; ei, cui fundus inſtructus legatus eſt, reliqua mancipia deberentur : ut contra Alphenum reſpondit Ulpianus in laudata ***l. quæſitum 11. §. Alphenus 2. ff. de fund. inſtruct.*** quia eos eximit à genere mancipiorum in fundi inſtrumento contentorum, & in illis tantummodò minuit legatum, eos adimendo legatario, & alteri dando.

Secundum haud abſimile exemplum peti poteſt ex ***l. heres meus 100. §. 1. ff. de leg. 3.*** Ibi : ***Duæ ſtatuæ marmoreæ cuidam nominatim; item omne marmor erat legatum : nullam ſtatuam marmoream præter duas Caſcellius putat deberi. Ofilius, Trebatius contrà. Labeo Caſcellii ſententiam probat, quod verum puto; quia duas ſtatuas legando poteſt videri non putaſſe in marmore ſe ſtatuas legare.*** Marmor genus eſt, & continet alia genera, quæ minùs latè patent, ut marmor rude, marmor expolitum, ſtatuas, vaſa, & alia hujuſmodi. Quoad genus ſtatuarum teſtator duas nominatim legavit, ut putà ſtatuam Jovis, ſtatuam Veneris: has duas ſpecies nominatim legando non videtur in genere marmoris, ſtatuas voluiſſe comprehendere : quamobrem reliquæ non debentur, & genus ſtatuarum, quod univerſum in legato marmoris contineretur, redigitur ad duas ſpecies nominatim legatas, nempè ad ſtatuas Jovis ac Veneris.

Tertia regula eſt. Si teſtator plures ac plu- 6
res ſpecies generi adjecerit : illæ genus coercent adeò, ut genus ad illas ſpecies redigatur, & ipſæ ſolummodò debeantur. Exemplum nobis ſuppeditat Paulus in ***l. cùm de lanionis 18. §. quidam, penult. ff. de fund. inſtruct.*** ***Quidam cùm ita legaſſet : villam meam, ita ut ipſe poſſedi, cum ſupellectili, menſis, mancipiis, quæ ibi deputabuntur, urbanis, &***

Digitized by Google

ruſticis, vinis, quæ in diem mortis ibi erunt, & decem aureis Et quæreretur, cum in diem mortis ibi libros, & vitreamina, & veſticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent: Scævola reſpondit ſpecialiter expreſſa, quæ legato cederent. Vides hîc tot ſpecies enumeratas fuiſſe, quæ totum ferè genus abſorbeant: itaque præſumi non poteſt aut eas ex abundanti adjectas fuiſſe, aut teſtatorem ignoraſſe, ea legato genere contineri, ut in prima regula, quam initio expoſuimus. Nam qui legat villam ita, ut ipſe poſſidet, legat villam inſtructam *l. prædiis* 91. §. 1. *ff. de leg.* 3.

Alterum exemplum proponit Scævola in *l. Seja* 20. *in princ. ff. de inſtruct. l. inſtr* Atque hoc reſponſum fortaſſe eſt illud ipſum, cujus meminit Paulus in ſuperiore lege. Verba Scævolæ ſunt hæc. *Seja ex parte heredi inſtituta, ſi heres erit, fundos per præceptionem dederat inſtructos cum ſuis villicis, & reliquis colonorum: & codicillis ita ſcripſit: poſtea mihi venit in mentem, Sejæ fundos, quos reliqui, ita ut ſunt inſtructi ruſtico inſtrumento, ſuppellectili, pecore & villicis, cum reliquis colonorum, & apotheca habere volo. Quæſitum eſt, an etiam ea, quæ patriſfamilias uſus quotidiani cauſa in fundis fuerunt, legato continerentur? Reſpondi, &c. non amplius deberi quam in codicillis, quos ſane poſt oblivionem teſtamentariæ ſcripturæ feciſſet, inſtructi appellatione contineri ſe velle, manifeſtè oſtendiſſet.* Etiam in hoc legato enumerantur ferè omnes ſpecies, quas genus complectitur: ac propterea neque ex abundanti, neque per imperitiam præſumi poſſunt adjectæ.

7 Hanc regulam planè perſpicuèque indicat Ulpianus in *l. quæſitum* 12. §. *ſi quis fundum* 46. *ff. de inſtr. l. inſtrum. Si quis fundum ita ut inſtructus eſt, legaverit, & adjecerit, cum ſupellectili, vel mancipiis, vel una aliqua re, quæ nominatim expreſſa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo ſpeciem, an vero non, quæritur; & Papinianus reſpondit, non videri minutum, ſed potius ex abundanti adjectum.* Obſervo hîc ab Ulpiano proponi, vel unam tantum ſpeciem adjectam, veluti ſupellectilem, vel mancipia: vel unam aliquam rem: non autem has omnes ſpecies cumulatim adjectas fuiſſe, ſed unam, aut alteram tantummodo: itemque non plures res expreſſas fuiſſe, ſed unam aliquam rem, quæ nominatim in genere expreſſa non erat. Atque id ideo, quia aliter reſponſurus fuerat, ſi plures ſpecies cumulatim fuiſſent expreſſæ.

Id ipſum obſervari poteſt in Scævolæ reſ- 8 ponſo quod habemus in *l. Seja* 20. *in princ. ff. eod.* cujus verba modo retulimus. Scævola enim, antequam propoſitam quæſtionem decidat, primum ſtatuit attendi debere legatum in codicillis relictum, non autem relictum in teſtamento. Et quia in codicillis teſtator quamplurimas ſpecies expreſſerat, idcirco reſpondit eum manifeſtè oſtendiſſe, quid inſtructi appellatione contineri vellet. Quod ſi attendi deberet legatum factum in teſtamento, in quo legaverat fundos inſtructos cum ſuis villicis, & reliquis colonorum, deberentur fundi cum omni inſtrumento: quia adjectio illa ſpecialis, & ſingularis genus non redigeret ad illas duas ſpecies, quæ ex abundanti adjectæ præſumerentur. Atque id clarè indicant verba illa Scævolæ: *verum non amplius deberi, quam in codicillis*, &c. quibus verbis demonſtrat, quod ex teſtamento aliquid amplius deberetur, videlicet fundus cum omni inſtrumento, ac propterea etiam ea, quæ uſûs quotidiani cauſa in fundis fuerunt. Legatum igitur relictum in teſtamento, attenta complexione verborum, reſtrictius eſt, quàm legatum relictum in codicillis: re ipſa laxius eſt, quia illud non reſtringit adjecta ſpecies villicorum, ſicut hoc reſtringit tot ſpecierum enumeratio. Atque ita interpretari poſſe exiſtimo verba illa Scævolæ: *Seja inſuper fundum legatum*: nempe quod pinguius erat legatum relictum in teſtamento, quia inſuper continebat etiam ea, quæ patriſfam. uſus quotidiani cauſa in fundis fuerunt. Quod ſi liceat verba legum emendare, non recederem ab emendatione Cujacii, & Fabri, qui legunt: *Seja inſtructum fundum legatum.* Verè enim in teſtamento legatus erat fundus inſtructus, quia adjec-

Digitized by Google

tio illa : *cum ſuis villicis & reliquis colonorum* legatum non coercet, quominus maneat integrum & ſine diminutione legatum fundi inſtructi. Hoc ipſum non minus apertè indicant alia Scævolæ verba : *Verum non amplius deberi, quàm in codicillis, quos ſanè poſt oblivionem teſtamentariæ ſcripturæ feciſſet.* Quibus verbis arbitror Scævolam voluiſſe ſignificare, quod cum teſtator fecerit codicillos poſt oblivionem teſtamentariæ ſcripturæ, non poteſt à legato relicto in teſtamento deduci interpretatio legati relicti in codicillis, adeoque hujuſmodi legatum eſt interpretandum ſecundum verba à teſtatore prolata, & naturam ipſius legati. Non erat oblitus teſtator ſe fundum in teſtamento legaſſe, ut conſtat ex verbis codicillorum : ſed quomodo, & quibus verbis legaſſet. Si non eſſet oblitus ejus ſcripturæ, potuiſſet fortaſſe diſputari, an legatum in codicillis relictum interpretandum eſſet ſecundum legatum in teſtamento relictum : ſed cum ejus oblitus eſſet teſtator, neceſſe eſt hoc ſecundum legatum interpretari ſecundum verba, quibus hoc legatum relinquit, & mentem legantis, quam verbis expreſſit. Et hanc fuiſſe Scævolæ mentem nullus dubito.

9 Antequam autem aliò progrediar ; monere conſentaneum duco, inter hanc tertiam regulam, & ſecundam ſupra explicatam plurimum intereſſe. In illa enim non ſpecies ſubjectæ generi exprimuntur : ſed nominatim adjiciuntur res ſingulares, quæ continentur in aliqua ſpecie ſubjecta generi legato. Quamobrem non reſtringunt genus ita, ut totum genus ad res nominatim expreſſas reducatur : ſed reſtringunt eam ſpeciem, cujus ſunt partes, eamque coarctant & redigunt ad res nominatas, reliquæ autem ſpecies, quas genus complectitur, non minuuntur, ſed manent integræ atque illæſæ, & nulla ex parte diminutæ. Contra in hac tertia non res ſingulares exprimuntur, ſed ſpecies, quæ in genere continentur : adeoque non una tantum ſpecies minuitur, & coercetur : ſed totum genus, quod concluditur intra ſpecies expreſſas, nec eas prætergreditur, ſed earum terminis circumſcribitur, adeo ut nihil aliud legato contineatur, nihil aliud debeatur, quàm ſpecies expreſſæ.

Quarta regula. *Si duo fuerint inter ſe diſtincta, ac ſeparatim relicta legata : veluti alterum in teſtamento, alterum in codicillis, & hoc ſit reſtrictius, derogat primo, ipſumque minuit.* Exemplum habemus in *l. Seja in princ. ff. de inſtruct. l. inſtr.* quod hîc repetere operæ pretium non eſt, quia modo eam legem expoſuimus, & quidem paulo uberius atque diſtinctius, quia difficiles habet explicatus, & à noſtris miſerè vexatur. 10

Alterum exemplum proponitur in *l. Aurelius* 28. §. *teſtamento ita ff. de liber. leg. Teſtamento ita ſcripſerat : Titio affini meo, quidquid mihi quacumque ex cauſa debet, remitti volo, eoque amplius decem do. Codicillis ita ſcripſit : hoc amplius affini, & debitori meo uſuram pecuniæ, quam mihi debet, ab herede meo, donec vivet, exigi veto. Quod ſi exigere contra voluntatem meam putaverit, ejus ſortis uſuram eidem Titio, ab heredibus meis donec vivet præſtari volo. Reſpondit* Scævola, *videri minutum legatum, quod primo dederat.*

Tertium eſt in *l. alimenta* 16. §. *Baſilicæ ff. de alim. & cibar. leg. Baſilicæ legata erant decem, ut, cum annorum viginti quinque eſſet, ei reſtituerentur cum uſuris, ex quibus uteretur. Alio capite libertis, libertabuſque cibaria, & veſtiaria, & habitatio legata erant. Quæſitum fuit, an hæc quoque Baſilicæ deberentur : reſponſum eſt, non deberi;* legatum relictum libertis libertabuſque generale eſt, & comprehendit natura ſua etiam perſonam Baſilicæ : ſed legatum in ſpecie relictum Baſilicæ, genus reſtringit ad alios libertos libertaſque, & de eorum genere Baſilica eximitur. Sed has duas leges luculenter expoſuimus in ſuperiore, ac propterea plura de his dicere ſuperſedemus. Illud tamen admonendum eſt, quod legatum ſpecialiter Baſilicæ relictum eximit quidem illam è numero libertorum, quibus generaliter relicta ſunt alimenta, eamque privat hoc generali legato : non tamen minuit hoc legatum, neque quicquam detrahit aliis libertis : quod ſemper evenit, cum agitur non de genere rerum legatarum, ſed de genere perſonarum :

perſona enim, cui nominatim, & in ſpecie legatum eſt, nihil detrahit illis, quibus legatum eſt in genere. Quod ſtatutum eſt etiam in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cibar. leg.* ubi teſtator omnibus libertis ſuis cibaria legavit; & alio loco ita ſcripſit: *Prothymum. Polychronium, Hypatium commendo, ut & vobiſcum ſint, & cibaria praſtetis, peto.* Non his ſolis, quos nominavit teſtator, & legato expreſsè honoravit, cibaria debentur, ſed etiam omnibus aliis. Plura non addo. Nam in ſuperiore hanc quoque legem copiosè examinavimus, & accuratè.

11 Quinta regula. *Species reſtringit genus, quoties utrumque conjunctim exprimitur in eadem oratione, ita ut alterum ad alterum referatur.* Dixi fortaſſe obſcurius, ſed dicam planius, & id exemplis clariſſimis illuſtrabo. Primum, & quidem ſingulare exemplum peto ex *l. ult. in fin. ff. de trit. vin. & ol. leg. Quod ſi ita legatum eſſet; vinum amphorarium, Aminaum, Gracum & dulcia omnia: nihil inter dulcia, niſi quod potionis fuiſſet, legatum putat Labeo, collatione vini amphorarii: quod non improbo.* Genus illud *dulcia omnia* continet iam poculenta, ut paſſum, defrutum, atque alia ejuſmodi, quam eſculenta, ut mel, ficus, caricas, & id genus cætera, quæ recenſentur in eadem *l. in* §. *antecedenti.* Verum quia dulcia ſimul cum vinis legata ſunt, & dulcia conferuntur cum vino, ſolum continentur in hoc legato dulcia poculenta, hoc eſt, mulſum, paſſum defrutum, & ſimiles potiones. Itaque ſi ſolummodo legata eſſent dulcia, continerentur tam potiones, quas modo diximus, quam uva, ficus, palmæ caricæ §. *cui dulcia ejuſd. legis.* Adjectio igitur illa vini reſtringit legatum dulcium ad ſolas potiones, propter collationem dulcium. cum vinis ſimul & conjunctim legatis. Et quod maximè animadvertendum eſt, illud reſtringit, etiamſi fuerit adjectum verbum univerſale: *omnia.*

Simile exemplum proponit Paulus in *l. quaſitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Argentum omne, & ſupellectilem, quodcumque habeo, tibi dono & quidquid in fundo Semproniano habeo. Quaſitum eſt an debeatur etiam argentum, & ſupellex, qua alibi eſſet: & reſponſum eſt, non deberi, niſi legatarius probaverit, id placuiſſe teſtatori.* Hic quoque reſtringitur legatum ad argentum, & ſupellectilem, quam teſtator habet in fundo Semproniano, licet per verba univerſalia: *omne, & quodcumque habeo*, relicta eſſent. Nimirum mentio fundi Semproniani complectitur etiam argentum, & ſupellectilem, cum ea nobis indicet, teſtatorem cogitaſſe de his, quæ erant in fundo Semproniano, eaque donare voluiſſe.

Aliud exemplum non abſimili nobis exhibet idem Paulus in *l. nam quod liquide* 4. §. *ult. ff. de pen. legat. Si ita legatum ſit: omnem penum, prater vinum quod Roma erit; ſola penus, qua Roma eſt, legata videtur: & ita & Pomponius libro ſexto ad Sabinum ſcribit;* Verba illa, *quod Roma erit*: licet referantur ad vinum, tamen afficiunt totum legatum, & indicant, teſtatorem etiam de penu, quæ Romæ erit, cogitaſſe.

Hanc impeditiſſimam obſcuriſſimamque quæſtionem per regulas, & exempla placuit explicare, ut me ad uſum forenſem, & Pragmaticorum intelligentiam accomodarem, qui planè dilucideque expediri, & membratim, & inciſè tractari controverſias expetunt; fuſam, tractamque, & excultam orationem averſantur.

CAPUT XXV.

Ad L. Si ſervitus 23. *ff. de Servit. urban. prad.*

SUMMARIUM.

1 *Affirmativa opinionis fundamenta afferuntur ad n.* 10.
11 *Negativa ſententia probatur ad n.* 20.
21 *Ea cum diſtinctione accipienda.*
22 *Si diſponens verbis utatur praſens tempus deſignantibus, futura non comprehenduntur.*
23 *Si abſolutè diſponatur, nec ullum tempus demonſtretur, futura non comprehenduntur.*
24 *Acceſſiones verò, qua poſtea obvenerunt, comprehenduntur.*
25 *Succeſſores tales eſſe debent, quales teſtator voluit,*

tempore delata ſucceſſionis.

26 *Si verba uſurpata futurum tempus demonſtrent, diſpoſitio ad futura extenditur.*

27 *Explicatur textus noſter.*

28 *Expenditur l. ſi ſcripſiſſet 46. ff. de leg. 2.*

29 *Si verba uſurpata ſignificent utrumque tempus, tam futura, quam præſentia continebuntur.*

30 *Non ſemper obtinet regula, quod in teſtamentis tempus futurum non protenditur ultra mortem teſtatoris.*

31 *Vis verborum aliquando protendit diſpoſitionem ad tempus futurum.*

32 *Res ſuas obligans, inducit hypothecam generalem tam in præſentibus, quam in futuris.*

33 *Exponitur l. ſi mancipia 19. ff. de fund. inſtr. vel inſtr. leg.*

1 COnſequens, ut examinemus, an generali ſermone non ſolum præſentia, ſed etiam futura comprehendantur. Et futura quoque comprehendi, ſuadere videtur Pomponii auctoritas in *l. ſi ſervitus* 23. *ff. de ſervit. urban. præd. Quod ſi ita ſit cautum, ne luminibus officiatur, ambiguè eſt ſcriptum: utrum ne his luminibus officiatur, quæ nunc ſunt, an etiam his, quæ poſtea quoque fuerint. Et humanius eſt, verbo generali omne lumen ſignificari, ſive in præſenti, ſive quod poſt tempus conventionis contigerit.* Nihil clarius dici poteſt.

2 Secundo videtur id confirmari in *l.* 4. *&* 5. *ff. de liber. & poſt.* Cum maritus poſthumum heredem ſcribit, non utique ſolus poſthumus ſcriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus eſt, vel is, qui tunc in utero eſt, verum is quoque, qui ex quacunque uxore naſcatur. Ideoque qui poſthumum heredem inſtituit, ſi poſt teſtamentum factum, mutavit matrimonium, is inſtitutus videtur, qui ex poſteriore matrimonio natus eſt.

3 Tertio id apertiſſimè ſanxit Juſtinianus in *l. ult. C. quæ res pign. oblig.* Initio legis ſtatuit, ut ſi quis fide, & periculo rerum ad ſe pertinentium ſatis fieri creditori ſuo promiſerit: ſufficere ea verba tam ad rerum earum, quas in præſenti debitor habet, quàm futurarum hypothecam. Et in fine ſubdit: *ſi res ſuas ſupponere debitor dixerit, non adjecto, tam præſentes, quam futuras, jus tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur.*

4 Quarto idem Paulus reſpondit in legato in *l. ſi mancipia* 19. *in princ. ff. de inſtruct. vel inſtrum. legato*: ubi ſi teſtator legaverit fundum cum mancipiis, quæ tunc ibi eſſent, cum legaret: tamen debentur etiam mancipia, quæ poſtea à teſtatore inducta fundi colendi gratia, in eodem fundo fuerint: quia non minuendi, ſed augendi legati cauſa mancipiorum quoque fecit mentionem. Qua in lege illud maxime dignum eſt animadverſione, quod futura mancipia, hoc eſt, quæ poſtea inducta fuerint, legato comprehenduntur, etiamſi teſtator non ſolum verbo præſentis temporis uſus fuerit: ſed etiam expreſſerit, ea mancipia ſe legare, quæ tunc ibi eſſent, cum legaret.

5 Quinto accedit auctoritas Ulpiani in *l. ſi cognatis* 19 *in princ. ff. de reb. dub.* ubi de legato relicto cognatis ſcribit, *Certè ſi quis teſtamenti facti tempore cognatus non fuerit, mortis tempore factus eſt per adrogationem; facilius legatum conſequetur.*

6 Sexto Papinianus in *l. cum pater* 77. *§. fidei tuæ* 12. *ff. de leg.* 2. *Fidei tuæ committo, uxor, ut des, ut reſtituas filiæ meæ, cum morieris, quidquid ad te de bonis meis pervenerit; etiam ea, quæ poſtea codicillis uxori dedit, fideicommiſſo continebantur. Nam ordo ſcripturæ non impedit cauſam juris, ac voluntatis.*

7 Septimo in *l. ſi ſcripſiſſet* 46. *ff. de leg.* 2. *Si ſcripſiſſet, qui legabat: quicquid mihi Lucium Titium dare, facere oportet, Sempronio lego: nec adjecit, præſens in diemve, non dubitarent, quantum ad verborum ſignificationem attineret, quin ea pecunia comprehenſa non eſſet, cujus dies moriente eo, qui teſtamentum feciſſet, nondum veniſſet.* Ergo etiam id, quod poſt teſtamentum conditum debere cœpit Lucius Titius, dummodo ante mortem teſtatoris debere cœperit exiſtente die, continebitur legato.

8 Octavo Marcianus in *l. ſi ita fuerit* 9. *ff. de leg.* 3. ait, quod verba illa: *ad quemcumque ex teſtamento meo vel ab inteſtato*: item illa: *ad quemcumque quoquo jure bona mea perveniant*; comprehendunt etiam eum, qui poſtea natus erit, & in familiam venerit,

Digitized by Google

& qui poſteà cognatus eſſe cœperit ; & quæ poſteà nupta erit.

9 Nonò Scævola in *l. nomen* 34. *in princ. ff. de leg.* 3. proponit à teſtatore legatos decem aureos, quos hæredes Gaji ipſi debebant: & reſpondet non ſolùm decem aureos legato contineri, ſed omne debitum, hoc eſt, etiam uſuras, quæ debito acceſſerunt. Idem reſpondit in *l. ult.* §. *Gajo Sejo ff. de liber. leg.* Ubi ſi teſtator legaverit Sejo, quicquid ſibi ab eo debetur, videtur Sejo omnis obligatio ejus debiti legata, etiam ſi quid poſtea uſurarum nomine acceſſerit. Non abſimile eſt, quod tradit Ulpianus in *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* Ubi legato peculio, etiam incrementa ex rebus peculiaribus, ut partus ancillarum, fœtus pecorum legato continentur.

10 Poſtremò idem Scævola in *l. pen. in princ. ff. de leg.* 3. Ubi proponit à teſtatore legata fuiſſe lateralia viatoria, & quicquid in his conditum eſſet, quæ membranulis ſua manu ſcriptis continebuntur,quæ non fuerint exacta,cùm morietur.Teſtator in urbem profectus chirographa debitorum, & pecuniam in lateralibus condidit: ſed pecuniam poſtea erogavit, & chirographa exegit, & reverſus in patriam poſt biennium alia Chirographa, & pecuniam in lateralibus condidit. Quæſitum eſt, an ea uxori deberentur. Reſpondit non deberi, niſi quæ tempore mortis in his lateralibus eſſent, & membranis manu ejus ſcriptis continerentur. Sed quia in Pandectis Florentinis, aliiſque codicibus manuſcriptis legitur: *non deberi quæ mortis tempore in his lateralibus eſſent*: idcircò non poteſt in hâc lege firmum ſtatui fundamentum.

11 Contraria ſententia veritati propius accedit: Et primo probatur ex *l. cum ſtipulamur* 125. *ff. de V. O. Cùm ſtipulamur quicquid te dare facere oportet, nihil aliud in ſtipulationem deducitur, quàm quod præſenti die debetur: hoc enim ſolum hæc ſtipulatio demonſtrat.* Et in *l. ſi à colono* 89. *ff. eodem.* Ubi ſimilis ſtipulatio proponitur, idemque deciditur, addita ratione his verbis: *non amplius in ſtipulationem deducitur, quam quod jam dari oportet*: ſi autem adjiciatur, *oportebitve*, etiam futura obligatio deducitur.

12 Secundò probatur ex *l. medico ult. in princ. ff. de aur. & arg. leg.* Ibi Scævola: *Medico ſuo contubernali, & communium expeditionum comiti inter cætera ita legaverat: argentum viatorium meum dari volo: Quæſitum eſt, cùm paterfam. in diverſis temporibus reip. cauſâ abfuerat, quod viatorium argentum hoc legato comprehenſum eſſe videtur? Reſpondit, quod habuiſſet argentum viatorium eo tempore, cùm teſtamentum faciebat, deberi.*

13 Tertiò ex *l.* 2. *ff. eod.* Ibi Africanus: *Qui tibi mandaverat, ut ornamenta in uſum uxoris ſuæ emeres eidem uxori (uti adſolet), legavit, quæ ejus cauſâ parata erunt. Tu deinde poſt mortem mandatoris, ignorans eum deceſſiſſe, emiſti. Non debebuntur mulieri, quoniam ea verba ad mortis tempus referuntur.* Ideò autem ad mortis tempus, referuntur ea verba, quia in futurum concepta erant: *quæ ejus cauſâ parata erunt.* Cæterùm ſi in futurum concepta non fuiſſent, tempus conditi teſtamenti ſpectandum eſſet, ut in ſuperiori lege, & in *l. ſi ita eſſet* 7. *ff. de aur. & arg. leg.* ubi ſi quis legaverit, veſtem meam, argentum meum: ſervos meos: legata videntur ea, quæ habuit teſtamenti tempore: quia præſens tempus ſemper intelligeretur, ſi aliud comprehenſum non eſſet.

14 Quartò ex *l. teſtatorem* 68. §. *prædiis ult. ff. de leg.* 3. *prædiis ult. ff. de leg.* 3. *Prædiis cum his enthecis, quæ in ea poſſeſſione ſunt, relictis, mancipia quoque prædiorum, cùm illic teſtamenti facti tempore fuerunt, cedent: ſed & quæ poſteà acceſſerunt, ſi modò hoc teſtator manifeſtè expreſſit.* Ex hâc, & ſuperiori lege conſtat, futura non contineri, niſi hoc teſtator expreſſerit.

15 Quintò elegans exemplum proponitur à Scævola in *l. uxorem* 41. § *teſtamento ff. de leg.* 3. *Teſtamento pueros ita legaverat: Publio Mævio dominulo meo ab heredibus meis dari volo pueros quinque ex meis dumtaxat intra annos ſeptem: Poſt annos complures, moritur; cujus ætatis Mævio mancipia debeantur: utrumne quæ teſtamenti facti tempore intra ſeptem annos fuerunt: an quæ mortis tempore intra eam ætatem inveniantur? Reſpondit,*

eam

Digitized by Google

eam videri ætatem deſignatam, quæ eſſet, cùm à teſtatore relinquerentur.

16 Sextò ſimilè fere exemplum in venditione proponit Proculus in *l. Rutilia Polla 69. ff. de contr. empt. Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, & circa eum lacum pedes decem. Quæro, numquid & decem pedes, qui tunc acceſſerunt, ſub aqua ſint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliæ Pollæ juris ſint? Proculus reſpondit: Ego exiſtimo eatenùs lacum, quem emit Rutilia Polla, veniſſe, quatenùs tunc fuit, & circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt: nec ob eam rem, quòd lacus poſtea crevit, latiùs eum poſſidere debet, quàm emit.* Singularis eſt hæc Proculi deciſio, eaque mihi præſto fuit, cùm in graviſſima cauſa conſulerer.

17 Septimò idem traditum eſt à Scævola in *l. nomen 34. §. 1. ff. de leg. 3.* Teſtator filio per præceptionem legavit nomina ex calendario viginti, quæ ipſe elegerit. Eidem filio pater omnium rerum ſuarum adminiſtrationem permiſit, qui poſt factum teſtamentum amplarum pecuniarum debitores fecit, ut tota ferè ſubſtantia calendarii viginti nominibus contineretur. Quæſitum fuit, an huic filio eorum nominum, quæ ipſe fecit, præceptio permittenda ſit. Reſpondit Scævola, ex his electionem habere, quæ teſtamenti tempore teſtator in calendario habuit. Sed, ut verum fatear, non ſatis probat hæc lex, quia legatarii dolus intervenerat, qui in calendarium retulerat ampliſſimas ſummas contra conſuetudinem patris, ad hoc, ut propè omnis ſubſtantia calendarii viginti nominibus abſorberetur, & hoc præcipuè conſiderandum in propoſito legato, quia in eo teſtator adjecerat illa verba: *ſine dolo malo.*

Octavò id probari poteſt ejuſdem Scævo-
18 læ auctoritate in *l. ult. §. ult. ff. de liberat. leg.* Teſtator Sejo legavit, quicquid aut chirographis, aut rationibus debitor eſſet, vel quicquid à ſe mutuum accepit, vel fidem ſuam pro eo obligavit. Poſtea novatione factâ, & ampliatâ ſummâ quæſitum fuit, an hâc ſummâ ampliatâ liberandus ſit ab heredibus, an tantùm eo, quod ex vetere contractu debebat? reſpondit Scævola, id duntaxat legatum videri, quod tunc debuiſſet, ſi tamen manſit in ea voluntate teſtator, in qua tunc fuiſſet. Mens igitur teſtatoris legantis ea eſt, ut leget id, quod eſt de præſenti, niſi voluntatem poſtea mutet, idque declaret verbis, aut facto manifeſto. Novationem enim factam de debito, quod in teſtamento remiſerat teſtator, non judicat Scævola ſufficiens argumentum mutatæ voluntatis, quod animadvertere debent judices, qui ſæpè numero levibus conjecturis huc illuc impelluntur; nec ſolum novatum erat debitum, ſed etiam erat ampliata ſumma.

Nonò huic opinioni conſentaneum eſt, quod traditum eſt à Juliano in *l. in ſubſtitu-* 19
tione 31. ff. de vulg. in qua teſtator filio ita ſubſtituerat. *Quiſquis mihi ex ſuprà ſcriptis heres erit, idem filio heres eſto.* Quidam heres fuit à morte teſtatoris, poſtea per querelam inofficioſi heres eſſe deſiit, antequàm locus fieret ſubſtitutioni, hoc eſt, adhuc vivo pupillo, cui erat ſubſtitutus. Reſpondit Julianus: *Futurum tamen eum heredem ex ſubſtitutione creditum eſt.* Quòd ſi teſtator ita ſubſtitueret: *Si Lucius filius meus impubes deceſſerit, neque mihi Cajus filius heres erit, tunc Sejus heres eſto*: idem reſpondit; *ita prudentes hoc interpretati ſunt, ut ad impuberis mortem conditio ſubſtitutionis eſſet referenda.* Ex his colligitur, quòd verba illa generalia: *quiſquis mihi heres erit*: licèt in futurum concepta, tamen de præſenti ſunt intelligenda, & ad tempus mortis teſtatoris ſunt referenda: niſi ſubſtitutio ſit particularis, & adjecta particula *tum*, aut *tunc*, quæ extremitatem temporis deſignat *l. 4. in fin. ff. de cond. & dem.*

Ultimò afferri poteſt Scævolæ reſponſum 20
in *l. pen. in princ. ff. de legat. 3.* quod & pro contraria ſententia attulimus ſecundùm eos, qui legunt: *niſi quæ mortis tempore in his lateralibus eſſent.* Sed quia in Pandectis Florentinis & aliis manuſcriptis, ut ibi indicavimus, legitur: *non deberi, quæ mortis tempore in his lateralibus eſſent*: juxta hanc lectionem optimè videtur probare, legato illo generali futura non comprehendi. Sed dubitari meri-

Digitized by Google

tò peteſt de hâc lectione. Primò ,quia teſtator futurum tempus demonſtravit, & tempus mortis in mente habuit : ibi : *quicquid in his conditum erit , quæ membranulis meâ manu ſcriptis continebuntur , nec ea ſint exacta, cùm moriar* , &c. Præterea quia quæſtio proponitur, an ea etiam legata videantur , quæ condita erant tempore teſtamenti , an verò ea tantùm , quæ tempore mortis : hæc enim contineri pro certo ſupponebatur , de illis dubitabatur. Denique non videtur dubitari , quòd emptiones prædiorum , hoc eſt, earum inſtrumenta contineantur : ſed ſolùm in quæſtionem vocatur , an debeantur etiam ipſa prædia empta. Et ad hanc quæſtionem reſpondet Scævola , quòd non apparet, quid de prædiis ſenſerit teſtator; quòd ſi eâ mente emptiones ibi habuit, ut prædia quoque præſtari vellet, ea quoque deberi. Si non dubitatur de inſtrumentis : ſi prædia quoque debentur conditis emptionibus eo animo , ut ad ſe trahant proprietatem prædiorum , de quibus teſtator nihil nominatim diſpoſuerat : multò magis debebuntur chirographa & pecunia , quæ à teſtatore fuerunt expreſſè legata.

Verumtamen , ut dicam , quod ſentio , neutra ſententia hoc reſponſo probatur. Non prima , etiamſi legas *niſi quæ &c.* quia futura legato comprehenduntur ex vi verborum futurum tempus ſignificantium , non autem ex vi generalis legati. Non ſecunda , quia etiam admiſſâ Pandectarum Florentinarum lectione , non quæritur in ea lege , an contineantur legato ea , quæ condita erant tempore facti teſtamenti. Imò Scævola declarat chirographa , & pecuniam poſt factum teſtamentum in lateralibus à teſtatore condita fuiſſe , cùm in urbem eſſet profecturus. Ac ne de his quidem quæſtio eſſe poterat , quia chirographa exegerat , & pecuniam erogaverat : legata autem erant ſolùm ea , quæ non fuiſſent exacta, cùm moreretur. Itaque illud tantummodò in quæſtione verſabatur , utrum legato comprehenderentur ea , quæ primò in lateralibus condita fuerant , an quæ ſecundò , & tempore mortis in lateralibus inventa fuerunt. Et de primis non reſpondit Scævola. Pro certo enim habet ea non deberi , ſed ſolùm de ſecundis.

Nihilominus tamen eò inclinat mea ſen- 21
tentia , futura generali ſermone non contineri. Quæ tamen cum diſtinctione eſt accipienda. Aut enim per verba præſentis temporis quis diſpoſuit : aut ſimpliciter & abſolutè : aut adhibuit verba futurum tempus ſignificantia : aut utriſque tum præſens , tum futurum tempus deſignantibus uſus eſt.

Si verbis præſentis temporis uſus eſt , pro- 22
cul dubio futura non comprehenduntur : ut optimè monet Scævola in *l. ſcribit* 34. §. *item ſcribit, ff. de aur. & arg. leg.* Si maritus uxori , cùm haberet quinque pondo auri , legaſſet ita : *aurum , quodcumque uxoris causâ paratum eſſet , uti heres uxori daret* : etiamſi libra auri indè veniſſet , & mortis tempore amplius quàm quatuor libræ non deprehenderentur ; in totas quinque libras heredem eſſe obligatum , quoniam articulus *eſt* præſentis temporis demonſtrationem in ſe continens. Id autem multò certiùs dicendum eſt , ſi verba præteriti temporis teſtator uſurpaverit , ut monet Scævola in *l. Aurelius* 28. §. *Titius* 2. *ff. de liberat. leg.* Ibi : *reſpondit , cùm in præteritum tempus verba collata proponerentur , non eſſe poſterius credendum legatum.* Idque etiam notatur in *l. creditor* 31. *in princ.* verſic. *idem repetiit ff. eod.* itemque traditur ab eodem Scævola in *l. uxori* 33. §. 1. *ff. de leg.* 3. Quantùm autem attinet ad verba præſentis temporis , ſuprà propoſita ſunt exempla in *l. cùm ſtipulamur* 115. *ff. de V. O.* in *l. teſtatorem* 67. §. *prædiis ff. de leg.* 3. in *l. ult.* §. *ult. ff. de liberat. leg.*

Quòd ſi ſimpliciter & abſolutè quis diſpo- 23
ſuerit neque præſens, neque futurum tempus demonſtrans, tunc pariter præſentia , non autem futura diſpoſitione comprehendentur. Exempla attulimus ſuprà , cùm hanc ſententiam argumentis confirmavimus , deprompta ex *l. medico ult. in princ. ff. de auro , & arg. leg.* in *l. ſi ita eſſet* 7. *ff. eodem.* in *l. uxorem* 41. §. *teſtamento ff. de leg.* 3. in *l. Rutilia Polla* 69. *ff. de contr. empt.* in *l. ult.* §. *ult. ff. de liber. leg.* in *l. in ſubſtitutione ff. de vulg* quæ hic repetere operæ pretium non eſt.

Illud tamen animadvertendum eſt , quòd 24

Digitized by Google

licèt futura non contineantur, tamen debentur acceſſiones, quæ poſtea obvenerunt, ut uſuræ, ſi legatum ſit, quicquid debetur *l. ult. §. Cajo Sejo ff. de liberat. leg.* Sic etiam legato peculio debentur incrementa, quæ ex rebus peculiaribus obvenerunt, ut partus ancillarum, & fœtus pecorum *l. denique* 8. *§. ult. ff. de pecul. leg.* Imò etſi legatum ſit particulare, ut ſi legetur nomen debitoris, non ſola ſors, ſed etiam uſuræ quæ poſtea acceſſerunt, legato continentur, quia tota obligatio legata videtur *l. nomen* 34. *in princ. ff. de legat.* 3. Hinc manifeſtum eſt, uſuras, & reliqua acceſſoria legato contineri non propter generalem ſermonem, ſed propter propriam naturam acceſſionis, quæ cauſam principalem ſequitur *l. cum principalis* 178. *ff. de R. J.*

25 Hujus regulæ alia quoque eſt exceptio in perſonis, quæ ſuccedere debent. Cum enim ſucceſſio non deferatur ſtatim condito teſtamento, ſed poſt mortem teſtatoris, ſufficit eum, qui ſuccedere debet, ejuſmodi eſſe, cujuſmodi eum voluit eſſe teſtator, quando ei deferetur ſucceſſio: hoc enim tempus videtur ſpectaſſe, & in mente habuiſſe teſtator, & ad hoc tempus retuliſſe ſuam diſpoſitionem. Qua poſita exceptione plura argumenta contraria penitus enervantur: videlicet ſecundum, quintum, & octavum. Nam in ſecundo deprompto ex *l.* 4. *&* 5. *ff. de liber. & poſt.* agitur de poſthumo herede inſtituto: ſufficit autem eum quandocumque naſci, & ex quacumque uxore, ut ad eum ſucceſſio deferatur ex inſtitutione. In quinto deducto ex *l. ſi cognatis* 19. *in princ. ff. de reb. dub.* agitur de legato relicto cognatis, quod debetur non ſolum cognatis, qui cognati erant tempore facti teſtamenti, etiamſi cognati eſſe deſierint; ſed etiam iis, qui poſtea facti ſunt cognati, & tales ſunt tempore mortis. Neque enim teſtator ſolummodo reſpicit tempus mortis, ſed etiam facti teſtamenti, quod & in poſthumis dicendum, ſi poſthumus jam natus fuerit ignorante teſtatore. Totum igitur tempus ſpectandum eſt, ſed hac de re alias dicemus uberius. Simile eſt id, quod proponitur in octavo argumento decerpto ex *l. ſi ita legaverit* 9. *ff. de leg.* 3. Hic autem agitur de herede, à quo relictum eſt fideicommiſſum: cum in ſuperiore agatur de eo, cui relictum eſt: ſed eadem utrobique ratio.

Si autem is, qui diſpoſuit, uſus ſit verbis futurum tempus demonſtrantibus, utique & ad futura extendetur diſpoſitio. Quo pertinent exempla ad probandam primam opinionem adducta, ut in *l. cum pater §. fidei tuæ ff. de leg.* 2. Nam ibi adjecta erant verba: *cum morieris, & quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit*: quæ non præſens, ſed futurum tempus demonſtrant. 26

Huc etiam referri poteſt *l. ſi ſervitus* 23. *ff. de ſervitut. urb. præd.* quam primo loco attulimus pro contraria ſententia. Nam verba illa: *luminibus ne officiatur*: tractum temporis continent, & quidem infinitum. Quamobrem ſi nova lumina aperuerit, eaque vicinus obſcuraverit, ſemper verum eſt, eum offeciſſe luminibus, adeoque contra conventionem feciſſe. Verumtamen quia poteſt reſpondere non offeci luminibus, quæ tunc erant, cum inita fuit ſtipulatio, idcirco ait Pomponius, ambiguam eſſe ſcripturam. Quia tamen duæ ſolent eſſe formulæ cavendi, ne luminibus officiatur; altera, quæ initio legis proponitur; *lumina quæ nunc ſunt, ut ita ſint*: quæ præſentia tantum lumina continet; cum hac priori formula particulari non ſint uſi contrahentes, ſed alteram generalem elegerint, exiſtimavit Pomponius, eos voluiſſe non ſolum de præſentibus, ſed etiam de futuris luminibus cavere. Non abſimile exemplum habemus in eo, qui ſtipulatur, quicquid te dare facere oportet. Hic etiam duæ ſunt formulæ, altera, quæ ad præſens refertur: altera, quæ ad futurum. Si dixerit ſtipulator, *quicquid te dare facere oportet*: ſolum præſens debitum comprehendit, adeo ut nec debitum quidem in diem comprehendatur *l. ſi à colono* 89. *& l. cum ſtipulamur* 125. *ff. de V. O. l. ſi ſcripſiſſet* 46. *ff. de leg.* 2. licet id, quod in diem debetur, verè etiam nunc debeatur, quia ex ſtipulatione in diem ſtatim naſcitur obligatio *§. omnis inſt. tit. de V. O. l. cedere diem* 213. *ff. de V. S.* 27

Ppp ij

Verumtamen cum non debeat cum effectu, quia ante diem nihil peti poteſt, dicitur cum debiturum, in *l.* 1. §. 1. *ff. de cond. & dem.* adeoque qui vult comprehendere etiam debitum futurum, uti debet alia formula, quæ in hac re prodita eſt à veteribus: *oportet oportebitve*: vel *præſens in diemve. l ſi ſtipulatus fuerim* 76. §. 1. *ff. de V. O.* & ſi hac formula non utatur, ſed altera, *oportet*, præſumitur eum noluiſſe futura comprehendere; neque enim verè dici poteſt, eum dare oportere, qui adſtringi non poteſt ad ſolvendum. Sed ut ad propoſitum revertamur, ſic concludo. Qui rejecta formula illa: *lumina uti nunc ſunt, ita ſint*, quæ præſentia lumina deſignat; alteram generalem eligit, *luminibus ne officiatur*, quæ poteſt etiam futura comprehendere, id feciſſe creditur, ut etiam de futuris luminibus ſibi caveret. Obſervandum tamen eſt, quod hæc interpretatio humanitatis cauſa recepta eſt, Ibi: *Humanius eſt verbo generali omne lumen ſignificari.* Non ex eo reſpondit Pomponius cautum fuiſſe etiam de futuris luminibus, quod regula conſtitueret, in diſpoſitione generali etiam futura comprehendi: ſed id humanitate ſuggerente, cum verba non repugnarent, humanitatem, & æquitatem, non regulam juris, ſequutus eſt Pomponius. Atque hoc Ulpiano familiare erat. Ipſe enim in *l.* 4. §. 1. *ff. de in jus voc.* explicans edictum Prætoris, quo quis parentem ſine ejus juſſu in jus vocare prohibetur, quærit, an id de omnibus parentibus etiam ultra tritavum ſit intelligendum? & refert ſententiam veterum, qui exiſtimabant, ſuperiores ultra tritavum dici majores, non parentes. Ulpianus tamen ſequitur Caſſii ſententiam, quod parentes in infinitum dicantur: quia ut ipſe ait, *honeſtius eſt, & merito obtinuit.* Idem in *l. vel quod* 6. *verſ. exheredatis ff. de relig. & ſumpt. fun.* interpretans pariter edictum prætoris de mortuo inferendo ait; *Exheredatis autem humanitatis gratia tantum ſepeliri, non etiam alios præter ſuam poſteritatem inferre licet.* Idem in *l.* 1. §. *qui operas ff. ad S. C. Tertyll. Qui operas ſuas, ut cum beſtiis pugnaret, locavit: quive rei capitalis damnatus, neque reſtitutus eſt, S.C. Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur: ſed humana interpretatione placuit eum admitti.* Idem in *l. non tantum ff. de appell. Credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere.* Quod igitur humana interpretatione admittitur, regulis juris non eſt omnino conſentaneum *l. ſi fundus* 16. §. *ſi plures ff. de pignor.*

28 Antequam alio progrediamur, reſpondendum eſt ſeptimo argumento deſumpto ex *l. ſi ſcripſiſſet* 46. *ff. de leg.* 2. Quod in diem debetur, jam debitum eſt, & ideo vere præſens eſt debitum, licet ſit ſine effectu, quia actio, quæ ex eo naſcitur nondum habet vim exactionis, ut modo dicebamus. Itaque in ſtipulationibus, quæ momento perficiuntur, futura non continentur in illa formula; *quicquid te dare, facere oportet.* Nam verbum illud *oportet* neceſſitatem continet. Quamvis enim Quinctilianus *inſt. orat lib.* 11. *cap.* 1. contra ſentiat: *non oporteret modo fieri, ſed etiam neceſſe eſſet*: tamen cum verbum *oportere* ad obligationem refertur, eamdem neceſſitatem continet, quam ipſa obligatio, quæ ad ſolvendum neceſſitate adſtringit *princ. tit. inſtit. de obligat. l.* 3. *in princ. ff. de oblig.* Quamobrem cum alia ſimilis formula in uſu eſſet: *oportet, oportebitve*, aut: *præſens in diemve l. ſi ita ſtipulatus fuerim* 76. *in fin. l. ſi à colono* 89. *l. cum ſtipulamur* 125. *ff. de V. O.* eaque non fuerit uſus, ſed altera uti maluerit, quæ præſens tempus demonſtrat, creditur, eum noluiſſe comprehendere futurum debitum, ne illud quidem, quod in præſens nullam neceſſitatem ſolvendi continet, licèt nata ſit obligatio. At verò in iis actibus, qui momento non perficiuntur, ut ſunt judicia, ſtipulationes prætoriæ, & quæ ſunt inſtar actionis, verbum *oportet* etiam futura complectitur, quæ à præſentibus originem, & cauſam habent. *l. ſi ſtipulatus* 72. §. 1. *ff. de V. O l.* 1. §. *belliſſime ff. ut legat. nom. cav.* Et ideo ſatiſdatio legatorum etiam de præſenti legato locum habet quia nonnullas moras exercitio judicii habet *l. etiam ff. eodem.* Ea quoque, quæ in teſtamento relinquuntur tractum temporis;

Digitized by Google

habent uſque ad mortem teſtatoris, quo tempore incipiunt vim habere & neceſſitatem ſolvendi continere; neque eo momento perficiuntur; quo teſtator teſtamentum condit, ſicut perficitur ſtipulatio eo momento, quo celebratur. Quapropter & in legato non ſolum ſpectamus momentum conditi teſtamenti, ſed etiam diem mortis, cum dies legati cedit, & incipit deberi legatum *l. ſi ſcripſiſſet* 46. *ff. de leg.* 2. Differt judicium à ſtipulatione *l. ſi ſtipulatus fuerim* 76. §. 1. *ff. de V. O.* Differt etiam legatum à ſtipulatione, & in hoc convenit cum judicio. Ut enim judicium incipit à litis conteſtatione *l.* 1. *C. de lit. cont.* & judicio contrahitur obligatio *l.* 3. §. *idem ſcribit ff. de pecul.* fit enim per judicium novatio neceſſaria *l. aliam* 29. *ff. de novat.* Ita & legatum incipit deberi à die mortis. Quemadmodum enim ſi quis petierit, quicquid Lucium Titium dare oportet, in judicium veniet etiam debitum in diem, ſi dies extiterit ante litem conteſtatam: ita & in ſimili legato continetur debitum in diem, ſi dies extiterit ante mortem teſtatoris.

29 Poſtremo ſi is, qui diſpoſuit, uſus fuerit verbis utrumque tempus ſignificantibus, tam præſens, quam futurum, certè tam præſentia, quam futura continebuntur. Ut puta ſi quis ſtipuletur *quicquid te facere oportet, oportebitve*: vel *in præſens, in diemve l. ſi ſtipulatus fuerim* 76. *l. ſi in colono* 89. *l. cum ſtipulamur* 125. *ff. de V. O.* Itaque Gallus Aquilius formulam Aquilianæ ſtipulationis ita expoſuit: *quicquid te mihi ex quacumque cauſa dare facere oportet, oportebitve, præſens, in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adverſus te petitio, vel adverſus te perſecutio eſt, eritve, &c.* Aut ſi quis legaverit: *quicquid mihi Lucium Titium dare facere oportet præſens in diemve l. ſi ſcripſiſſet* 46. *ff. de leg.* 2. In teſtamentis tamen futurum tempus non protenditur ultra mortem teſtatoris *l.* 2. *& l.* 5. *ff. de aur. & arg. leg.* Comprehendit tamen etiam præſentia: hoc eſt, ea quæ erant tempore conditi teſtamenti, ut in *l. in ſubſtitutione* 31. *ff. de vulg. & pupill.* quia futurum aliquando comprehendit etiam præteritum: itaque licet propriè referatur ad tempus mortis, tamen & præteritum complectitur, nempe totum tempus à die mortis retro uſque ad tempus conditi teſtamenti *l. verbum erit* 123. *ff. de V. S. l. ſi uxori* 39. §. *ult. ff. de aur. & arg. leg.*

Quod autem diximus in teſtamentis futu- 30
rum tempus non protendi ultra mortem teſtatoris, eam habet exceptionem, ſi tempore conditi teſtamenti nondum cauſam, & originem nactus erat. Etenim ſi quis legaverit, quicquid Sejus dare facere oportet, *præſens in diemve* debebitur, & legato continebitur etiam debitum in diem, quamvis dies extiterit poſt mortem teſtatoris: quia jam tempore teſtamenti nata erat obligatio, itaque habet cauſam & originem à die teſtamenti *l. ſi ſcripſiſſet* 46. *in fin. ff. de leg.* 2. Sic grege legato, & quæ poſtea accedunt, legato continentur *l. grege legato* 21. *ff. de leg.* 1. quia grex erat in rerum natura etiam tempore conditi teſtamenti. Quemadmodum ſi ſervus legatus aliquid poſt mortem teſtatoris acquiſiverit legato continebitur *l. ſi tibi homo* 86. §. *cum ſervus ff. de leg.* 1. Sed de his alias.

Nunc monendum eſt, quod aliquando, 31
etiamſi teſtator non fuerit uſus verbo futuri temporis, tamen vis ipſa verborum ad futurum tempus protenditur: ut in *l. filiam* 16. *ff. de aur. & arg. leg.* Imo aliquando & tempus antecedens, ut in *l. Publius* 36. *in princ. ff. de cond. & dem.*

Supereſt, ut ad alia duo argumenta con- 32
trariæ ſententiæ reſpondeamus, nempe ad tertium, & quartum. In tertio id habetur. Qui res ſuas pignori opponit, etiamſi non declaret, ſe tam præſentes quam futuras obligare, jus tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras producitur *l. ult. C. quæ res pignor.*

Reſpondetur, id propter communem uſum ac morem fuiſſe à Iuſtiniano rectè conſtitutum. Solebant enim in generali hypotheca debitores expreſſe obligare res, quas habebant, & quas poſtea forent acquiſituri *l. & quæ nondum* 15. §. 1. *ff. de pignor. l. ult. C.*

Digitized by Google

de remiſſion. pignor. Ibi: *propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni ſolitum eſt.* Quæ autem ſunt moris & conſuetudinis, etiamſi cauta non fuerint, tamen pro cautis habentur *l. quod ſi nolit* §. *quia aſſidua ff. de ædil. edict. l. ult. C. de fidejuſſor. in princ.* ibi: *invenimus enim & in fidejuſſorum cautionibus plerumque ex pacto hujuſmodi cauſa eſſe proſpectum*, & in fine. Ibi: *Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, & in uſu quotidiano ſemper hoc verſari aſpicimus, quare non ipſa legum auctoritate hoc permittatur.* Hæc eadem ratio adduxit Juſtinianum ad ſtatuendum, generalem hypothecam etiam ad bona futura produci. Utraque enim lex eſt ejuſdem Juſtiniani.

33 Ad quartum depromptum ex *l. ſi mancipia 19. in princ. ff. de fund. inſt.* facile reſpondetur, quod mancipia, quæ poſtea teſtator in fundum induxit, non continentur legato mancipiorum, ſed legato inſtrumenti. Teſtator legaverat fundum cum inſtrumento, & mancipiis, quæ tunc ibi eſſent. Mancipia, quæ poſt conditum teſtamentum in fundum ejus colendi gratia induxit, non poſſunt contineri legato mancipiorum, quia hoc comprehendit ſolum ea mancipia, quæ erant tempore facti teſtamenti, ut teſtator expreſſe declaravit *l. teſtatorem 67. §. ult. ff. de leg. 3. l. ult. §. pen. & ult. ff. de lib. leg.* Continentur autem legato inſtrumenti: quia, cum inſtrumentum ſit genus plura complectens, habet diminutionem & incrementum etiam poſt conditum teſtamentum *l. Lucius Titius, penult. ff. eodem* ſicut legatum peculii *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* legatum gregis *l. ſi grege legato 22. ff. de leg. 1.* Et hanc fuiſſe mentem JC. ipſe explicat illis verbis: *Cæterum inſtrumento fundi mancipia quoque colendi agri cauſa inducta contineri, non ambigitur.* Quæſtio autem à JC. in hac lege propoſita, non ea erat, an continerentur legato mancipiorum etiam mancipia poſtea inducta, de hoc enim nulla poterat exiſtere controverſia, cum teſtator apertè declaraverit, ſe legare mancipia, quæ tunc eſſent in fundo. Erat igitur quæſtio, an teſtator legando mancipia voluiſſet minuere legatum inſtrumenti, ita ut non comprehenderet omnia mancipia, quæ in fundo deprehenderentur tempore mortis, ut fert natura hujus legati d. *l. penult. ff. eodem.* ſed ſolum ea, quæ ibi erant tempore teſtamenti. Et reſpondit Paulus, mancipia legato inſtrumenti adjecta fuiſſe non ejus minuendi, ſed potius augendi cauſa, qua de re copioſè diximus alias ad *l. quæſitum 12. §. ſi quis fundum penult. ff. eodem.* Ubi Ulpianus eamdem regulam ſtatuit. Illud tantummodo monendum, quod licet teſtator declaraverit, ſe relinquere, quæ mancipia tunc in fundo eſſent, cum legaret, tamen hæc reſtrictio non afficit legatum inſtrumenti, cujus pars ſunt mancipia ad colendum agrum comparata. Nimirum quia, cum quidam dubitarent olim, an inſtrumentum contineret etiam mancipia ſecundum Alpheni opinionem, qui nihil animalis inſtrumenti eſſe opinabatur, mancipia exprimebant, ut clarius ſignificarent voluntatem ſuam, & legatum augerent *l. quæſitum §. Alphenus ff. eod.* Itaque quod adjectum eſt ad augendum inſtrumenti legatum non debet noſtra interpretatione ad ipſum minuendum produci, quod nulla juris ratio patitur *l. nulla juris 25. ff. de legib.*

CAPUT XXVI.

Ad L. Liberorum 220. ff. de verb. ſignificat.

SUMMARIUM.

1 *Deſcendentium appellatione qui contineantur? magna diſceptatio.*
2 *Liberorum appellatione continentur tam maſculi, quam feminæ ab eodem Stipite deſcendentes.*
3 *Poſterorum eadem fere ſignificatio.*
4 *Vocatis deſcendentibus maſculis, feminas ex maſculis deſcendentes plerique putant ſuccedere.*
5 *Eorum opinio falſa tam ad normam Latinitatis, quam ad normam juris & n. 6.*
7 *Deſcendentes virilis ſexus malè à noſtris confunduntur cum deſcendentibus ex virili ſexu.*
8 *In uſu juris diſtincti. Nonnulla de lege Voconia.*
9 *Expenditur l. Gallus 29. § nunc de lege 11. ff. de liber. & poſt.*

10 *Feminæ* feminini ſexus perſonæ, *& maſculi* maſculini ſexus perſonæ *à Juſtiniano vocantur & n.* 11. 13. 14.
11 *Item ab Ulpiano.*
15 *Reſpondetur contrariis.*

1 QUid ſonet hæc vox *deſcendentium*, quive hac appellatione comprehendantur, magna eſt inter noſtros, ac præſertim in foro diſceptatio: Tota contentio in verbi controverſia poſita. Hanc ut potero breviter attingam. Primum autem operæ pretium eſt admonere, eos, quos hodie deſcendentes dicimus, veteres Juriſconſultos liberos appellaſſe. Deſcendentes enim nunquam ferè ſine aliquo adjuncto nominabant, niſi cum eos ad parentes, & aſcendentes referebant, quia hac voce tamquam participio, non tamquam nomine utebantur. Itaque dicebant: deſcendentes ex feminino ſexu, ut in *l. cognoſcere* 56. *in fin. ff. de V. S.* hoc eſt, ex parentibus feminini ſexus: deſcendentes per virilem ſexum *l.* 3. *in princ. ff. de injuſt. rupt.* deſcendentes ex virili ſexu *l.* 1. *ff. de Carbon. ed.* deſcendentes ex familia *l.* 2. *C. quib. ad libert. procl.* Hodie contra numquam ferè liberi nominantur, ſed ferè ſemper deſcendentes. Neque hoc ſine exemplo. Nam & apud veteres linguæ latinæ auctores verbum adoleſcentis de participio tranſivit in nomen.

2 Liberorum igitur appellatione continentur omnes, qui ab eodem ſtipite deſcendunt in infinitum *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* tam maſculi, quàm feminæ: tam ex maſculis, quam ex feminis deſcendentes *l. cognoſcere* 56. §. 1. *ff. eodem l.* 1. *juncta l. nam & his* 5. *ff. de inoff. teſtam. l.* 1. *C de condit. inſert. l. jubemus* §. *ſin autem. juncto princ. legis.* Ibi: *ſine liberis deceſſerit. C. ad S.C. Trebell.* Et hoc probat evidenter Ulpiani interpretatio edicti Prætoris in *l.* 1. §. 1. *ff. de legat. præſt.* ubi explicans edictum prætoris, quo jubet eos, qui reſcindunt patris judicium per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, legata præſtare liberis & parentibus; hæc verba ita interpretatur. *Generaliter autem parentes, & liberos prætor excepit: nec gradus liberorum, parentumve enumeravit: in infinitum igitur eis præſtabitur. Sed nec perſonas proſequutus eſt, utrum ex virili ſexu, an ex feminino deſcendant. Quiſquis igitur ex liberis, parentibuſve fuerit, ad legati petitionem admittetur, ſed ita demum, ſi jura cognationis ſunt inter eos.* Deinde ſubdit etiam in adoptionem datos, imo & adoptivos, dummodo maneant liberi, edicto contineri. Poſthumi etiam liberorum appellatione continentur *l. is cui* 18. *ff. qu. de leg. ced. l. Sed etſi* 20. *ad S. C. Trebell.*

5 Eadem ferè eſt ſignificatio *poſterorum*, cum hæc vox comprehendat omnes, qui poſtea venturi ſunt. Modeſtinus in *l. quod his verbis* 83. §. *ult. ff. de leg.* 3. *Poſterorum appellatione liberos tantummodo, non etiam libertos eorum, quibus fideicommiſſum relictum eſt, fideicommiſſo contineri nequaquam incertum eſt.* Et legiſlator noſter in §. *ult. inſt. qui teſtam. tut. Plane ſi poſteris dederit, tam filii poſthumi, quam cæteri liberi continebuntur.* Hæc autem verba mutuatus eſt ab Ulpiano in *l. quod ſi* 6. *in fin. ff. de teſtam. tutel.* quæ perperam corrigenda eſſe quidam arbitrantur. Paulus autem hoc verbum aliter interpretari videtur in *l. ult.* §. *parentes* 7. *ff. de grad. & affin.* Ibi: *item liberi uſque ad trinepotem; ultra hos poſteriores vocantur.* Sed obſervandum, quod non poſteros dicit, ſed poſteriores: hoc eſt, poſteriores iis, qui proprium nomen habent, ut filii, nepotes, pronepotes, & cæteri, quo deficiente devenitur ad nomen generale, quod refertur ad anteriores nomen ſpeciale habentes, & dicuntur poſteriores. Illud etiam notandum, quod in uſu juris poſteros pro liberis accipimus, cum apud latinos auctores vox poſterorum, omnes, qui poſt nos futuri ſunt comprehendat, ut legenti exempla paſſim occurrent: unde nomen poſteritatis omnes, qui poſtea futuri ſunt comprehendit. Tacit. *in princ. hiſtor. Ita neutris cura poſteritatis inter infenſos, vel obnoxios.* Quamobrem conſtat, quam barbara eſſet Caligulæ interpretatio, qui negabat jure civitatem Romanam uſurpare eos, quorum majores ſibi, poſteriſque eam impetraſſent, niſi filii eſſent. Suet. *in Calig. c.* 38.

4 His probè conſtitutis, duæ quæſtiones exiſtunt ſubobſcuræ atque difficiles: altera, an vocatis deſcendentibus virilis ſexus, femina ex maſculo comprehendatur: altera, an vocatis deſcendentibus maſculis, ſuccedant etiam maſculi deſcendentes ex feminis. Quoad primam plerique exiſtimant ſuccedere etiam feminas ex maſculis deſcendentes, quia genitivus ſui natura cauſam efficientem ſignificat: ideoque ſi dictum ſit, Sempronius Petri de Aſinellis, indicatur Sempronium eſſe filium Petri. Idque confirmant auctoritate Juſtiniani in *l. lege duodecim C. de legit. hered.*

5 Hanc opinionem falſiſſimam eſſe nullus dubito, ſive eam ad normam latinitatis, ſive ad normam juris exigamus. Falſum enim eſt, quod genitivus cauſam efficientem demonſtret: & cum dicimus: Sempronius Petri, ſignificamus Sempronium eſſe filium Petri, quia ſubauditur vox *filius*: hoc eſt, Sempronius filius Petri. Cæterum veriſſimum eſt, quod ait Laurentius Valla *elegant. lib. 2. c. 1.* qui ita diſtinguit. *Genitivus aut active ſumitur, aut paſſivè, adde etiam poſſeſſivè, quod pene pro activè accipio. Active, ut providentia Dei, bonitas Dei. Paſſive, ut timor Dei, cultus Dei. Ibi Deus providet, & benigne agit: non ipſi providetur, & benigne fit: hic timetur, & colitur, non timet, & colit. Poſſeſſive, ut ſedes Dei, regnum Dei.* Activè igitur & poſſeſſivè plerumque uſurpantur. Itaque ſi dixero: canis Titii, equus Titii, quia non ſubauditur, *filius*, ſignificat canem, & equum à Titio poſſeſſum. Sic etiam, cum dico frenum equi, collare canis, & ſimilia, ſignifico frenum, & collare, quod habet equus, & canis. Maximè vero cum perſona ponitur in recto, res autem in genitivo. Plin. *lib. 25. cap. 5.* de helleboro *Vetant dari ſenibus, & pueris: item mollis ac feminei corporis, animique*, hoc eſt, iis, qui poſſident, & habent corpus femineum & molle, animumque. Tacit. *annal. lib. 6. cap. 31. proximus huic Abdus, ademptæ virilitatis: non deſpectum id apud barbaros, ultroque potentiam habet*: hoc eſt, cui erat adempta virilitas. Ovid. *Amor. lib. 1. eleg. 9. Ingenii eſt experientis amor.* habet ſcilicèt amor ingenium experiens. Plaut. in *Aulul. Tu trium litterarum homo.* Terent. in *Andr. quandoquidem tam iners, tam nulli conſilii ſum.* Cicer. in *epiſt. ad Lentulum lib. 1. ep. 7. in fin. Lentulum eximia ſpe, ſummæ virtutis adoleſcentem.* hoc eſt ſumma virtute præditum. Gell. *lib. 19. cap. 9. Adoleſcens è terra Aſia equeſtri loco lætæ indolis, moribuſque & fortunis bene ornatus.* Cic. *epiſt. lib. 2. ad Q. Fratrem ep. 10. in fin. Lucretii poemata, ut ſcribis, non ita ſunt multis luminibus ingenii: multæ tamen artis.* Sic dicimus hominem ſanæ mentis: hominem emunctæ naris, hominem duræ cervicis, & his ſimilia prope infinita, ut demonſtremus hominem his qualitatibus præditum. Ergo & cum dicimus deſcendentes virilis ſexus, eos intelligimus, qui præditi ſunt virili ſexu, qui ſunt virilis ſexus, uno verbo maſculos.

Eadem prorſus eſt etiam in uſu juris 6
horum verborum ſignificatio. Pomponius in *l. 2. §. poſt hunc 47. ff. de orig. jur. poſt hunc maximæ auctoritatis fuerunt Attejus Capito, qui Ofilium ſequutus eſt, & Antiſtius Labeo, qui omnes audivit, inſtitutus autem eſt à Trebatio*, ſcilicet maximam auctoritatem habuerunt. Legiſlator noſter in *l. cum acutiſſimi C. de fideic. cum acutiſſimi ingenii vir; & merito inter alios excellens Papinianus*: hoc eſt, qui acutiſſimo ingenio præditus erat. Hi enim genitivi hoc modo poſiti eamdem vim habent, ac ablativi; perinde eſt dicas: vir magna auctoritate, an vir magnæ auctoritatis, ut notat optimè Laurent. Valla *lib. 3. cap. 17.* & ideo cum utriuſque caſus eadem ſit vis, non raro in eadem periodo latini auctores utrumque uſurpant. Plin. *lib. 7. cap. 2. Choromandarum gentem vocat Tauron ſylveſtrem ſine voce, ſtridoris horrendi, hirtis corporibus, oculis glaucis, dentibus caninis.* Cicer. *in Salluſt. Numquid quos protulit Scipiones, & Metellos, ante fuerunt aut opinionis aut gloriæ?* Hic ſeparatim; ſed genitivum, & ablativum conjunxit in *epiſt.*

Digitized by Google

ad Lentul. & in epiſt. *ad Q. Fratrem* & hos imitatus Gellius *lib.* 19. quorum verba ſupra retulimus.

7 I. Sed jam propius aggrediamur. In *l. cognoſcere* 56. §. 1. *ff. de V. S. Liberorum appellatione continentur non tantum, qui ſunt in poteſtate, ſed etiam, qui ſui juris ſunt, ſive virilis ſive feminini ſexus ſunt, exve feminini ſexus deſcendentes*: hoc eſt, ex parentibus feminini ſexus deſcendentes. Evidenter hic Calliſtratus diſtinguit liberos virilis aut feminini ſexus, à deſcentibus ex parentibus feminini ſexus, ut diſtinguat agnatos à cognatis. Liberi igitur virilis ſexus, aut feminini ſunt, qui maſculi ſunt aut feminæ. Qui autem deſcendunt à maſculis, non dicuntur liberi, aut deſcendentes virilis ſexus, ſed deſcedentes ex virili ſexu, ut in *l.* 1. §. *non tantum ff. de Carbon. edict. Non tantum maſculi, ſed & feminæ ex virili ſexu deſcendentes Carboniani commodum habent*, & in *l.* 1. *ff. de legat. præſt. utrum ex virili ſexu, vel ex feminino deſcendant* & in *l.* 3. *in princ. ff. de injuſt. rupt. poſthumi per virilem ſexum deſcendentes*; ſic etiam in *l.* 4. §. *cognationis ff. de grad. & affin. cognatio, quæ per feminam deſcendit: quæ per mares contingit*. Probè igitur, imo vehementer errant noſtri, qui hæc omnia confundunt, quaſi idem ſignificent: deſcendentes virilis ſexus: per virilem ſexum: per lineam maſculinam, à linea maſculina, & ſimilia, quæ ad originem referuntur, non ad perſonam vocatam. Sed reliqua perſequamur.

8 II. Paulus *lib.* 4. *Recept. Sent. tit.* 8. §. 13. *Agnati autem ſunt cognati virilis ſexus per virilem deſcendentes.* Evidenter hic quoque diſtinguuntur illi, qui ſunt virilis ſexus, ab illis, qui per virilem ſexum deſcendunt. Ergo in uſu juris dicuntur virilis ſexus, maſculi: per virilem autem ſexum deſcendentes, qui deſcendunt à maſculis. Requirit autem hîc Paulus non ſolum, ut deſcendant per maſculos, ſed etiam, ut ſint maſculi, quia feminæ ad hereditates legitimas ultra conſanguineas non admittebantur. Id. Paulus §. 22. *Feminæ ad hereditates legitimas ultra conſanguineas ſucceſſiones non admittuntur, idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum*: hoc eſt, prudentum interpretatione, qui non putarunt feminas admittendas ad hereditatem legitimam, ea ratione, quia lege Voconia excludebantur etiam ab hereditate teſtamentaria, quod magis eſt. Prudentum enim reſponſa jus civile dicebantur *l.* 2. §. *his legibus* 5. *ff. de orig. jur.* Voconia lex lata à Q. Voconio Saxa, Tribuno Plebis, anno urbis DCCXIV. Suaſit illam M. Cato jam ſenex, ut ipſe de ſe teſtatur apud Ciceronem in Libro de Senectute circa princ. ejuſque orationis non pauca verba refert, & explicat A. Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. Quid hâc lege, ſeu plebiſcito contineretur, indicat *Cic.* 1. *in Verrem*, qui de Voconio ait: *Sanxit in poſterum: qui poſt eos cenſores cenſus eſſet, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret.* Addit D. Auguſtinus *lib.* 3. *de Civit. Dei. Lata eſt etiam Lex Voconia, ne quis feminam heredem faceret, nec unicam filiam.* Idem confirmat Florus *epit. lib* 41. *Q. Volumnius Saxa legem tulit, ne quis mulierem heredem inſtitueret: ſuaſit legem M. Cato.* Legendum eſt *Q. Voconius*. De unica autem filia ſolus Auguſtinus teſtatur. Sed tamen de eo non eſt ambigendum. Solebant enim teſtatores ad eludendum legis præceptum heredem inſtituere amicum, eumque rogare, ut hereditatem filiæ reſtitueret: ut conſtat ex Cicerone *lib.* 2. *de finibus*, 17. *ſeq.* ubi narrat factum Fadii, & poſtea ſubdit. *Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas ſuæ filiæ, nec uſquam id ſcripſerit, ut ſcripſit Fadius, nec cuiquam dixerit: quid facies? tu quidem reddes: ipſe Epicurus fortaſſe redderet.* Subjicit deinde exemplum Sexti Peducæi, qui reddidit uxori, quod vir ei reliquerat. Probat igitur Cicero reſtituendam eſſe hereditatem, etiamſi rogatus ſit reſtituere in fraudem legis: nimirum præfert legi civili jus naturale, cum de moribus ibi agat, & tamquam Philoſophus, non tamquam Juriſconſultus, loquatur. Ex his patet, deceptum fuiſſe Hotomannum, qui putavit lege Voconia mulieres non omnino excluſas fuiſſe ab hereditate, ſed quadrantem tau-

Digitized by Google

tummodo capere potuiſſe. Impoſuit illi, & pleriſque aliis locus Dion. lib. 56. τῶν τε γυναικῶν τισι, καὶ παρὰ τὸν Ὀυοκώνιον νόμον, καθ' ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενος ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν. hoc eſt: *quibuſdam mulieribus conceſſit capere hereditatem contra legem Voconiam, quæ ipſas ſupra viginti quinque millia hereditatem capere non permittebat.* Viginti quinque millia ſeſtertium interpretati ſunt: hoc eſt, quadrantem centum millium, quam hereditatem capere lex prohibebat. Nam ſolummodo cenſus prohibebatur mulierem inſtituere, ut conſtat ex verbis Ciceronis ſupra allatis: hoc eſt, ut explicat ibi Aſconius, qui centum millia habebat in bonis. Dionis autem verba non de ſeſtertiis, ſed de drachmis ſunt intelligenda, nam his Græci utebantur: at verò viginti quinque millia drachmarum conficiunt centum millia ſeſtertium. Ait igitur Dion, quod ſecundum legem Voconiam mulieribus non licebat capere hereditatem ejus, qui ſupra centum millia ſeſtertium haberet in bonis. Ita optimè verba Dionis interpretatur J. F. Gronovius *lib. 3. cap. 16. de pecun. vet.* Qui autem cenſi non erant, vel lege id permittente, vel æquitate vel conſuetudine juris poterant filiam heredem inſtituere: hæc enim omnia recenſet Cicero 1. *in Verrem*, cujus verba referre ſuperſedeo. Polibyus quoque *in excerpt. de virt. & vit.* refert, Scipionem Africanum hereditatem maternam conceſſiſſe ſororibus, ex qua, ut ait, nihil ad ipſas, pertinebat. οὐδὲν, nihil. Falſa eſt igitur opinio eorum, qui putant aliquid eis relinquere permiſſum fuiſſe. Sed vide Cl. Perizonii diſſertationem de lege Voconia. Hæc enim dixiſſe ſufficiat ad illuſtranda Ulpiani, & Pauli verba.

9 III. In lege Velleia, cujus verba refert Scævola in *l. Gallus* 29. §. *Nunc de lege* 11. *ff. de liber. & poſt.* ſcriptum erat: *qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus erit &c.* puto verba ſequentia legis hæc aut ſimilia fuiſſe: inſtituat aut nominatim exheredet. *Is omneis virilis ſexus:* feminas non comprehendit, quia etiam inter cæteros exheredari poterant, dum aliquid eis in teſtamento legaretur §. *poſthumi* 1. *inſt. de exhered. liber.* Ulpian. *in fragm. tit.* 22. §. 21. *Poſthumus filius nominatim exheredandus eſt: filia poſthuma, cæteræque poſthumæ feminæ, vel nominatim, vel inter cæteros, dummodo inter cæteros exheredatis aliquid legetur.* Quamobrem veriſſimum eſt, quod notat doctiſſimus Cujac. in *l.* 3. *in princ. ff. de injuſt. rup.* verba illa: *per virilem ſexum deſcendentes* à Triboniano adjecta ac mutata fuiſſe, quia eo tempore etiam feminæ nominatim exheredari debebant ex Juſtiani conſtitutione: cæterum Ulpianum ſcripſiſſe: *Poſthumi virilis ſexus ad ſimilitudinem filiorum nominatim exheredandi ſunt, ne teſtamentum agnaſcendo rumpant.* Etenim Ulpiani tempore falſum erat feminas teſtamentum rumpere, ſi nominatim exheredatæ non fuiſſent. Utroque igitur loco, tam in laudata *l.* 3. quàm in *l. Gallus* eodem modo ſcriptum erat *virilis ſexus*: Hæc haudquaquàm animadvertentes veteres interpretes exiſtimarunt in *l. Gallus*: verba illa: *is omnis virilis ſexus* aut referenda eſſe ad teſtatorem, qui ſi maſculus non ſit, non cogitur liberos inſtituere, aut exheredare §. *ult. inſt. tit. de exhered. liber.* ignorantes, quod *is omnis* minus latinè diceretur; & veteres ſcripſiſſe *omnis* ſyllaba producta, vel *omneis*, quod nos ſcribimus omnes; aut ſi referantur ad liberos, ea ſignificare liberos deſcendentes per virilem ſexum, non liberos maſculos. Nec animadverterunt, utrovis modo accipiantur ea verba: *virilis ſexus* fore omnino ſuperflua; nam cum ſtatim ſubjiciantur illa verba: *qui ſuus heres futurus erit*, aut ut alii legunt: *qui ſui heredes futuri erunt*, his verbis utrumque continetur, & quod teſtator ſit maſculus, & quod liberi ab eo per maſculos deſcendant: alioquin enim ſui heredes eſſe non poſſent, cum feminæ ſuos heredes non habeant, quia in earum poteſtate non ſunt §. *feminæ inſtit. tit. de adopt.* §. *cæteri* 3. *inſt. tit. de hered. qual. & differ. l. illud notandum* 4. §. *ad teſtamenta ff. de bon. poſſ. contra tab.* & multo minus poſſunt eſſe ſui heredes, qui deſcendunt à feminis, cum neque ſint in poteſtate, nec ejuſdem fami-

liæ. princ. tit. inſt. de hered. qual. & differ. §. 1. & §. item vetuſtas inſt. tit. de hered. qua ab int.

10 IV. Juſtinianus in *princ. tit. inſtit. de exhered. liberorum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem ſexum deſcendentibus liberis utriuſque ſexus.* Aliud igitur eſt deſcendere per virilem ſexum: aliud eſſe virilis ſexus. Illud continet etiam feminas: hoc tantummodo maſculos,& ad comprehendendas etiam feminas neceſſe eſt dicere *utriuſque ſexus*: vel ut in §. 1. *ejuſdem tit. ſive feminini ſexus, ſive maſculini.* Et deinceps: *ſed feminini quidem ſexus perſonæ, vel nominatim, vel inter cæteros exheredari ſolebant: maſculos vero poſthumos placuit non aliter rectè exheredari, niſi nominatim exheredarentur.* Conſtat igitur, Juſtinianum ſemper feminas ſexûs feminini perſonas dicere,& maſculos ſexûs maſculini, & hæc pro Synonimis haberi. Rurſus in §. 3. *Sed Prætor omnes tam maſculini ſexus, quàm feminini,ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet: virilis ſexûs nominatim, feminini verò inter cæteros.* Non poſſunt hæc intelligi de deſcendentibus per virilem aut femininum ſexum, quia hi poſſunt præteriri *§. ult. eod. tit.* & cum voluit indicare deſcendentes per virilem, aut femineum ſexum Juſtinianus expreſſè ita eos deſcripſit:per virilem ſexum deſcendentes, ut in *§. Sed hæc quidem vetuſtas,*& in *§§. ſuperioribus*: numquam autem dixit liberos virilis ſexus. Haud aliter in *Novell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient. c.* 1. *Nulla introducenda differentia ſive maſculi, ſive feminæ ſint, & ſeu ex maſculorum, ſeu ex feminarum prole deſcendant*: & in *c.* 2. *in fin. ſive feminæ, ſive maſculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, & ſive per maſculos,ſive per feminam perſonam copulantur* & cap. 5. *quique ex maſculorum, quique ex feminarum prole deſcendunt.*

11 V. Idem Juſtinianus in §. *cæterum in fin. inſt. tit. de legit. agnat. ſucceſſ. omnes legitimas perſonas, id eſt, per virilem ſexum deſcendentes, ſive maſculini generis, ſive feminini ſint.* Evidenter hîc diſtinguit maſculos & feminas, ſeu perſonas maſculini, aut feminini generis, à perſonis deſcedentibus per virilem ſexum.

VI. Ulpianus in *l.* 2. *§.* 1. *ff. de ſuis &* 12
legit. hered. Agnati autem ſunt cognati virilis ſexus ab eodem orti. Diſtinguit liberos ab eorum origine, & virilis ſexus vocat maſculos: nam id temporis feminæ non habebant agnationis jura præter ſorores conſanguineas, quæ ſolummodo jure agnationis ad legitimam hereditatem fratris admittebantur excluſis omnibus aliis feminis *d. §. cæterum.* & idem Ulpianus *tit.* 26. *§.* 6. *ad feminas ultra conſanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet: itaque ſoror fratri, ſororive legitima heres ſit*: & ſupra attigimus ad Paulum *recept. ſentent. lib.* 4. *tit.* 8. *§.* 22.

VII. Hoc idem demonſtrat evidenter Juſ- 13
tiniani legiſlatoris conſtitutio in *l. in lege* 14. *C. de legit. hered.* in qua corrigit jus à prudentibus introductum de feminis à legitima hereditate præter conſanguineas excluſis. Ibi: *Sancimus omnes legitimas perſonas, id eſt, per virilem ſexum deſcendentes, ſive maſculini, ſive feminini generis ſint, ſimili modo ad jura legitimæ ſucceſſionis ab inteſtato vocari*, & infra: *cum enim unius ſanguinis jura remaneant per virilem ſexum incorrupta, quare naturam offendimus & legitimo juri derogamus?* Scilicet admittendo maſculos & feminas excludendo. Illud plane mirandum, auctores, & patronos contrariæ ſententiæ magni nominis ac doctrinæ viros in hâc ipſa lege, quæ nobiſcum facit, ponere fundamentum opionis ſuæ. Verumtamen hoc minus mirum, quod tam abſurda ſententia non niſi legibus contrariis, aut nihil ad rem pertinentibus fundanda eſt.

VIII. In *l. ult. C. de ſuis & legit. lib.* ait 14
idem Juſtinianus. *Quoties aliquis, vel aliqua inteſtatus vel inteſtata, mortuus, vel mortua fuerit, nepotibus, vel pronepotibus cujuſcumque ſexus, vel deinceps aliis deſcendentibus relictis.* Verba *cujuſcumque ſexus* non referuntur ad eos, à quibus deſcendunt, quia in iis nominatim jam expreſſerat maſculum, & feminam: ſed ad ſolos nepotes & deſcentes. Quid autem refert dicat quis: *deſcendentes utriuſque ſexus*: an deſcendentes virilis aut feminei ſexus? Rurſus in *l. ult. C. de*

Digitized by Google

legit. hered. totam progeniem ex legitima ſobole deſcendentem ſive maſculinam, ſive femininam. Et Imperatores in *l. ſi defunctus* 9. *in princ. C. de ſuis, & legit. lib. ſi defunctus cujuſcumque ſexus aut numeri reliquerit filios & ex filia diem functa cujuſcumque ſexus aut numeri nepotes &c.*

15 Hæc ſunt fundamenta meæ opinionis, quam, ni fallor, puto eſſe veriſſimam. Quid ad hæc adverſarii? Nihil profecto. Ecquæ argumenta afferunt ſuæ ſententiæ? Nempe text. in *l. Gallus* §. *nunc de lege ff. de lib. & poſthum.* quem ſatis accuratè ſupra expoſuimus in noſtro III. fundamento, & pro nobis facere demonſtravimus. Secundo loco afferunt Juſtiniani conſtitutionem in *l. lege* XII. *tabularum verſ. hujuſmodi itaque C. de legit. hered.* quæ adeo facit contra ipſos, ut nihil ſupra. Præterea quoſdam in hanc ſententiam adducit §. *item vetuſtas inſt. tit. de hered. quæ ab inteſt.* Sed nihil ad rem facit: ibi non agitur de deſcendentibus virilis ſexus, ſed nominatim: *nepotes, neptesve, qui ex virili ſexu deſcendunt*: item infra: *utrique tam qui ex maſculis, quam qui ex feminis deſcendunt.* Denique moventur ex definitione agnatorum tradita ab Ulpiano in *l.* 2. §. 1. *ff. de ſuis & legit. hered junctò* §. *cæterum inſt. tit. de legitim. agn. ſucc.* Sed hic ipſe §. nodum ſolvit, & declarat, nihil obſtare Ulpiani definitionem in laudata *l.* 2. ut probavimus in fundamento V. & VI. Sed ineptum eſſet, de re tam perſpicua diutius diſputare.

CAPUT XXVII.

Ad L. ſi viva matre. C. de Bon. matern.

SUMMARIUM.

1 *Vocatis deſcendentibus maſculis non admitti deſcendentes maſculos ex femina, olim receptum: hodie invaluit opinio contraria.*

2 *Negativæ ſententiæ argumenta proponuntur ac refelluntur ad n.* 7.

8 *Expenduntur affirmativæ ſententiæ argumenta, ac confutantur ad n.* 11.

11 *Examinatur fortiſſimum argumentum Anton. Fabr. & ei reſpondetur. Sola teſtatoris voluntate quæſtio dirimitur.*

Altera quæſtio eſt de deſcendentibus maſculis, tot Doctorum controverſiis & contrariis opinionibus implicata, ut nihil certi ſtatui poſſit. Itaque ad legum præcepta confugiendum eſſe videretur: Sed & in jure noſtro nihil hac de re definitum aut certum habemus. Et olim quidem communis fere omnium erat opinio, vocatis deſcendentibus maſculis non admitti deſcendentes maſculos ex femina: hodie verò invaluit opinio contraria. Utra ſit verior, deliberare, atque decernere difficillimum. Quamobrem hac de re in utramque partem diſputabimus, & utriuſque argumenta confutabimus, poſtmodum, quæ ſententia tenenda ſit, proponemus & explicabimus. 1

Qui veterem opinionem tuentur, eam potiſſimùm fundant in *l. ſi viva matre* § *nam licet C. de bon matern.* ubi ait Imperator, quòd filius non debet eſſe melioris conditionis ſua matre. Et hoc argumentum amplificant, & exornant, quia ſucceſſor non debet eſſe melioris conditionis, quam ejus auctor à quo cauſam habuit *l. ex qua perſona* 149. *& l. quod ipſis* 143. *ff. de reg. jur.* & cauſatum non debet eſſe potiùs ſua cauſa: & ſubrogatum non poteſt habere plus juris, quàm id, in cujus locum ſubrogatur *l. ſi eum* 10. §. *qui injuriarum ff. ſi quis caution.* Addunt quod ſublato medio, ſublata videntur extrema: & alia his ſimilia, quæ nullo negotio refelluntur.

Gloriatur Caſtrenſis, huic argumento neminem umquam reſpondere potuiſſe. Ego contra nihil in eo momenti eſſe arbitror. Falſa enim ſunt omnia, quæ aſſumuntur: ac propterea aſſumptione negatâ nulla ejus eſt concluſio. Singula expendamus. Non debet eſſe melioris conditionis filius matre ſua *l. ſi viva matre. C. de bon. mat.* Falſum. In laudata lege non hoc habetur generaliter, ſed reſtringitur ad eum caſum, quem decidit Imperator in ea lege: Ibi: *non abs re eſt, ut in hoc caſu deteriores eſſe nepotibus filii non ſinantur.* In hoc caſu: in quo par erat conditio filiorum & nepotum. Generaliter igitur id falſum: maxime verò in caſu 2

noſtro, in quo non eſt par conditio matris, ac nepotis. Mater enim eſt femina, nepos eſt maſculus. Vocatur autem ad ſucceſſionem nepos, non tamquam nepos, nam etſi pronepos, aut abnepos eſſet nihilominùs vocaretur: ſed tamquam maſculus. Habet igitur qualitatem requiſitam à teſtatore, quam non habet mater ejus; ac propterea non abs re eſt, ut ſit melioris conditionis nepos, quàm filia. Perpetuò id obſervatur in ſucceſſionibus. Lex Voconia, ut in ſuperiore diximus, feminas inſtitui prohibebat. Finge teſtatorem habuiſſe filiam, & ex ea nepotem. Si filiam inſtituebat, nulla erat inſtitutio: Si nepotem, valebat. Filia capere non poterat hereditatem: nepos poterat: erat ergo melioris conditionis nepos, quàm filia. Quid ita? quia nepos erat maſculus, filia autem femina: ille habebat qualitatem à lege præſcriptam: hæc non item. Imò, quod magis eſt, idem obſervatur etiam in ſucceſſione ab inteſtato, quæ ſaltuatim non progreditur. Pater emancipat filium, & nepotem ex eo retinet in poteſtate: filius jure civili non ſuccedebat, ſed nepos. Quamobrem? quia jus agnationis, & ſui heredis amiſit capitis diminutione §. *ult. inſt. tit. de legit. agnat. tut. l. tutelas 7. ff. de cap. min.* Nepos retinet jura agnationis, & ſui heredis: ac propterea habet qualitatem à lege præſcriptam, quâ caret ejus pater. Et quamquam Prætor poſtmodùm cœperit emancipatos ad ſucceſſionem vocare in ordine ſuorum heredum §. *emancipati inſtit. tit. de hered. quæ ab inteſt. l. liberi 4. ff. ſi tab. teſtam. null. l. ſed cum 6. §. 1. ff. de bon. poſſeſſ. l. ult. §. 1. C. de legit. hered.* tamen in eo ſunt deterioris conditionis quòd hereditatem non acquirunt, niſi petant bonorum poſſeſſionem, ſuis autem acquiritur hereditas etiam ignorantibus §. *ſui autem 3. inſtit. eod. l. in ſuis 14. ff. de ſuis & legit. hered. l. ſi fratris 3. C. de jur. delib.* Quid in adoptivis? de quibus in §. *at hi 10. inſtit. tit. de hered. quæ ab int.* Quid ſi filius fuerit exheredatus, & extraneus heres inſtitutus? quâ de re in §. *cùm autem 7. cum ſeq. inſtit. eod.* Plura non perſequor: ad ſucceſſionem teſtamentariam revertor. Annon ſi excluſâ feminâ teſtator nominatim ejus filium inſtituiſſet, ipſe ſolus excluſâ matre here eſſet? Id certè dubitationem non habet. Eſſet igitur mater deterioris conditionis, quàm filius. Quid ita? quia ita voluit teſtator, cujus voluntas pro lege habetur. *Novell. de Nupt. 22. cap. 2. Diſponat teſtator & erit lex.* Itaque in his ſucceſſionibus teſtamentariis quid voluerit, quid diſpoſuerit teſtator, eſt inquirendum, non confugiendum ad inanes regulas, quæ his accommodari non poſſunt.

At enim mater tamquàm proximior magis eſt à teſtatore dilecta, quàm ejus filius, qui remotior eſt *l. omnia 32. in fin. ff. de leg. 2.* Sed mater eſt excluſa; ergo multò magis ejus filius. Falſum, quòd mater fuerit à teſtatore dilecta præ ejus filio. Si enim à teſtatore fuit excluſa à ſucceſſione, non ſolùm non fuit magis ab eo dilecta, ſed nequidem ullo modo dilecta, quia caret qualitate ac prærogativâ, quam unicè dilexit atque exoptavit teſtator, qui voluit hereditatem ſuam ſemper ad maſculos pervenire, vel quia ſexum maſculinum diligebat præ feminino, vel quia maſculi facultatibus indigent ad ſuſtinenda onera rei domeſticæ, ad amplificandum decorem ac dignitatem familiæ, ad publica munera obeunda, promovendas artes, mercaturam exercendam, exornandam patriam: mulieres autem plerumque in luxum effuſæ, ad mollem ac luxurioſum corporis cultum, ornatumque; ad domum magnificè ac ſumptuosè inſtruendam, opes prodigere ſolent, atque profundere. Ideò teſtator omnem affectionem concluſit in maſculis, ac propterea ineptum eſt dicere, eum plus dilexiſſe matrem, quàm ejus filium, & ipſa lex, quæ allegatur, contrarium probat. Ibi: *& qui ex his primo gradu procreati ſunt, niſi ſpecialiter defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit*: ſpecialiter hîc voluntatem ſuam extendit ad maſculos. Quid refert igitur, quòd mater primo gradu ſit? Hoc amplius, qui hoc argumento nituntur, profectò pugnantia dicere cogentur. Fingamus enim, concurrere maſculum ex femina, qui ſit in tertio aut quarto gradu, & alium deſcendentem à maſ-

Digitized by Google

culis, qui ſit in ſexto. Quis ex his ſuccedere debet? non deſcendens à femina, ut ipſi aïunt, ſed deſcendens à maſculis. Atquî hic eſt in ſexto, ille verò in quarto gradu: ille igitur eſt minùs dilectus, quàm hic; ac propterea, ſi excluditur hic magis dilectus, multò magis excludendus eſt ille minùs dilectus. Nemo igitur ſuccedet, aut remotior proximiori præferendus. Vide ſis, in quas anguſtias ſe conjiciunt, à quibus dum ſe volunt expedire, ipſi ſe impediunt, ſuàque argumentatione implicantur.

4 Nullius pariter momenti ſunt alia, quæ copiosè congeruntur: quòd cauſatum non debet eſſe potius ſuâ cauſâ; nec ſucceſſor ſuo auctore, nec plus eſſe in ſubrogato, quàm ſit in eo, cui ſubrogatur. Etenim falſa ſunt omnia, quæ in his aſſumuntur. Falſum eſt, quòd filius ſit ſubrogatus in locum matris, cui non eſt ſubſtitutus, cùm ipſa nullum umquam jus habuerit in hâc ſucceſſione, à qua omninò fuit excluſa. Falſum pariter, quòd ipſa ſit auctor ſucceſſionis, & filius ſit ejus ſucceſſor. Etenim ad ipſam nihil attinet hæc ſucceſſio, nec per eam pervenit ad filium, qui ipſam directè obtinet à teſtatore tamquam deſcendens maſculus ab eo vocatus ſemotâ feminâ ipſum præcedente, quare nec ipſam repræſentat, nec opus habet ullâ repræſentatione. Quid enim tribuere ipſi poteſt repræſentatio ejus perſonæ, quæ excluſa eſt ab hereditate? nihil profectò. Repræſentatio à jure admittitur, ut ipſe habeat eam partem hereditatis, quam habiturus eſſet is, quem repræſentat, ſi viveret *§. cùm filius inſt. tit. de hered. quæ ab inteſt. & in §. pen. l. 1. §. ſi filius 4. ff. de ſuis & legit. hered. l. 2. & 3. C. de ſuis & legit. liber.* Non datur igitur repræſentatio, niſi mortuo ac deficiente eo, qui repræſentatur; nec poteſt repræſentari, qui nullum jus habet, aut habiturus eſſet in ſucceſſione, ſi viveret. Denique falſum eſt, quòd mater ſit cauſa, filius cauſatum, ſeu effectus. Mater enim eſt cauſa filii, quod attinet ad generationem: non quod attinet ad ſucceſſionem. Quantùm ad ſucceſſionem, cauſa eſt ipſe teſtator, ſeu ejus inſtitutio, quâ ille vocatur ad hereditatem, quia maſculus: eaque ipſum efficit ſucceſſorem. Quid ſi negavero effectum, ſeu, ut ipſi aïunt, cauſatum ſuâ cauſâ potiorem eſſe non poſſe. An non plantæ potiores ſunt ſuo ſemine, à quo producuntur? ſanè caudicem, ramos habent, emittunt flores, folia, poma, eaque ad maturitatem perducunt: nihil horum in ſemine, & ſi quid eſt in eo, illud ſolummodò eſt inchoatum, implicitum, involutum, nec oculis pervium, nec ad uſum vitæ, aliamve rem utile. Numquid animalia potiora non ſunt ſemine, unde progenita fuerunt? Sed hæc in rebus naturalibus. Quid in legibus, ac in jure noſtro? Numquid obligatio non eſt potior ſtipulatione? Illa conſiſtit in verbis, ſcilicet interrogatione, & reſponſione congruâ *princ. tit. inſtit. de V. O. & l. 1. ff. eod.* hæc in vinculo juris, quo neceſſitate adſtringimur ad aliquid dandum aut faciendum *l. obligationum ſubſtantia ff. de oblig. & act.* Quid? an non obligatio eſt mater actionis? *l. licet 42. §. ea obligatio ff. de procurat.* obligatio autem ſine actione inutilis eſt ac propè nulla: cùm actio ſit, quæ perſequitur id, quod nobis debetur, & ſine ea nihil omninò conſequi poſſimus *princ. tit. inſtit. de actionibus.* Quid, oro, potentius eſt? quid potius eſt, dominium, an poſſeſſio? & tamen poſſeſſio eſt cauſa dominii; nam dominium à naturali poſſeſſione cœpit, & exortum eſt *l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel am. poſſeſſ.* & ſine ea non acquiritur *l. cùm res 11. C. de probat. l. qui prædium 13. C. de diſtr. pign.* Plura non perſequor: id enim & longum eſſet, & ſupervacuum.

Probant præterea ſententiam ſuam, quòd 5
ſucceſſiones non fiunt per ſaltum, ſed ordine ſucceſſivo *l. 1. §. quibus, cum ſeq. ff. de ſucceſſor. edict. l. octavi ff. unde cogn. §. placebat inſt. tit. de legit. agnat. ſucceſ.*

Omittamus, quòd in his legibus nihil tale præcipitur; omittamus etiam, quòd nihil quicquam ad rem pertinent, quia in illis agitur de proximiore deficiente, non de proximiore excluſo. Et quod de ſucceſſorio edicto in iis tractatur, potiùs contrarium probat, nam in eo genere percipiendarum hereditatum non erat ſucceſſio *d. §. placebat* & aliis

Digitized by Google

allegatis. Sed hæc omnia ſilentio prætermittimus, ut liberaliter cum ipſis agamus, non moroſè, ac faſtidioſè. Plurimùm hâc in re, ut in omnibus differt ſucceſſio ex teſtamento à ſucceſſione ab inteſtato. Hæc à lege datur, quæ certum ordinem ſuccedendi præſcripſit, quem prætergredi non licet: ac ſolet in eodem ordine proximiores remotioribus anteferre. Quamquam ne hoc quidem conſtans eſt, atque perpetuum. Nam & liberi utcumque remotiſſimi excludunt proximos agnatos: & agnati utcumque remotiſſimi proximos cognatos. Et in eodem etiam ordine non attenditur proximitas, ubi datur jus repræſentationis, & ubi ille, qui juxta ordinem à lege definitum proximus eſt, non habet qualitatem ab eadem lege requiſitam, ut ad ſuperius argumentum exemplis demonſtravimus. Succeſſio autem ex teſtamento pendet omninò ab arbitrio, & voluntate teſtatoris, cui latiſſimam poteſtatem tribuit ipſa lex duodecim tabularum: *uti legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto. l. verbis legis 120. ff. de verb. ſign.* & hanc ampliſſimam facultatem confirmavit Imperator noſter *in Novell. 22. de Nuptiis. Diſponat teſtator & erit lex* Itaque in diſpoſitionibus teſtamentariis voluntas teſtatoris dominatur, eaque ſola eſt attendenda, atque ſervanda, quomodocumque diſpoſuerit *l. quoties 9. in princ. l. ex facto 35. §. rerum ff. de hered. inſtit. l. 4. in fin. de vulg. & pupill. l. ſi mihi 12. in fin. ff. de legat. 1. l. non aliter 69. in princ. ff. de legat. 3. l. pediculis 32. §. Labeo ff. de aur. & arg. leg. l. In conditionibus 19. ff. de cond. & dem. l. quoniam 15. C. de teſtam.* Hæc unica regula eſt, ad quam omnis interpretatio dirigenda eſt: aliæ omnes pravæ ſunt atque diſtortæ. Illud planè inſulſum, quod addunt: medium
6 inhabile impedimento eſſe, ne extrema junguntur. *l. ſervitutes prædiorum 14. in fin. ff. de ſervit. l. qui ſella 7. §. ult. & l. tria prædia 31. ff. de ſervit. ruſt. prædior.* Nam quid attinet ſervitus prædiorum ad ſucceſſionem? profectò, interjacente loco publico, vel ſacro, vel religioſo ſervitus itineris, vel aquæ ductus imponi non poteſt, cùm ſervitus per ea loca nulli deberi poſſit: quæ ratio redditur à Paulo in laudata *l. ſervitutes in fine.* Idemque pariter eveniet interjecto alieno fundo, ſi ejus dominus non conſentiat. Servitus enim aquæ imponi aliter non poteſt, quàm ut per medium fundum ducatur, ut ait Javolenus in laudata *l. tria prædia verſic. & quemadmodum*: non poteſt autem per medium fundum duci invito ejus domino. Rectè Paulus in laudata *l. qui ſella in fin. In ruſticis autem prædiis impedit ſervitutem medium prædium, quod non ſervit.* quia nemo per fundum alienum, qui non ſervit, ire, agere, aquam ducere poteſt, & ſimilia. Pulverem igitur oculis offundunt, qui hæc magno verborum apparatu exaggerant.

Probant præterea ſententiam ſuam exemplo feudorum, ducto argumento à feudis ad 7
fideicommiſſa *ex §. hoc autem. tit. de his, qui feudum dar. poſſ.*

Sed in promptu eſt reſponſio. Feuda ex legibus feudorum, & ex ipſâ eorum naturâ moderamur: fideicommiſſa ex arbitrio, & voluntate teſtatorum, ut mòdo diximus de ſucceſſione ab inteſtato. Præterquàm quòd ex laudato §. contrarium probari poteſt perpendendo ejus verba: *hoc autem notandum eſt, quòd licèt filiæ, ut maſculi, patribus ſuccedant, legibus tamen à ſucceſſione feudi removentur, ſimiliter & earum filii: niſi ſpecialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat.* Primùm igitur conſtat, filias, & earum filios à ſucceſſione feudi legibus removeri: ut diximus. Præterea eos, eaſque ad feudum admitti, ſi hoc ſpecialiter dictum fuerit: ſed in propoſita controverſia ponimus maſculos deſcendentes ſpecialiter à teſtatore vocatos fuiſſe: ergo ad ſucceſſionem debent admitti. Quod confirmatur ex *tit. 17. de eo, qui ſibi vel hered. ſuis Libr. 2.* Ibi: *non enim patet locus feminæ in feudi ſucceſſione, donec maſculus ſupereſt ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit inveſtitus.*

Jam verò ad examinandam contrariam 8
ſententiam aggrediamur. Conantur eam probare auctoritate Imperatoris in *auth. de hered. ab inteſt. venient. cap. 1.* Ibi: *ſi quis deſcendentium fuerit ei qui inteſtato moritur cujuſlibet naturæ, ſive ex maſculorum genere, ſive*

Digitized by Google

ex feminarum deſcendens. Ex quibus verbis deducunt, quod nihil interſit quoad ſucceſſionem, utrum à maſculis, an à feminis quis deſcendat.

Sed anceps eſt hujuſmodi argumentum, & non minori probabilitate ad confirmandam contrariam ſententiam adduci poteſt. Obſervandum enim eſt, quod in ea Novella Juſtinianus, poſtquam maſculos nominavit, ſemper ſubjicit: ſive *ex maſculis, ſive ex feminis deſcendant.* Ibidem in *cap.* 1. *in fin. nulla introducenda differentia ſive maſculi, ſive feminæ ſint, & ſeu ex maſculorum, ſeu ex feminarum prole deſcendant.* Rurſus in *cap.* 2. *maſculos & feminas ſive paterni, ſive materni ſint.* & in *cap.* 3. *circa fin. thiis defuncti maſculis & feminis, ſive à patre, ſive à matre.* Rurſus in *cap.* 4. *maſculos, ac feminas ſivè per maſculi, ſivè per feminæ perſonam defuncto jungebantur.* Quorſum iſthæc? quia deſcendentium maſculorum appellatione non comprehenduntur maſculi ex feminis: vel ſaltem id eſt adeo ambiguum, ut neceſſe ſit exprimere nominatim deſcendentes ex feminis. Et multo firmius fit argumentum, ſi animadvertamus: & quod illa toties repetita, & numquam prætermiſſa declaratio: *ſive ex feminis deſcendant* certò demonſtrat neceſſitatem id perſpicuè exprimendi: & cum ibi ſemper vocatæ ſint etiam feminæ, multò minus videtur urgere neceſſitas vocandi nominatim deſcendentes à feminis: nam ſi feminæ admittuntur, dubitatio nulla eſt, quin à feminis quoquè deſcendentes maſculi, ſint admittendi. Et ſanè ſi in ea novellâ conſtitutione non ageretur de obliteranda veteri differentia inter agnatos, & cognatos: & hic non eſſet uſus Juſtiniani, multis verbis, iiſque identidem repetitis exprimere, & declarare, quod pauciſſimis poterat ſignificari; firmiſſimum pro contraria ſententia argumentum hoc eſſe exiſtimarem. Maximè verò quia obſervo eamdem repetitionem, etiam in feminis expreſſiſſe Juſtinianum. Ibi: *maſculos ac feminas: ſeu maſculos, ſeu feminas, &c.* Non mirum igitur, ſi idem ſemper expreſſit etiam in deſcendentibus.

9 Nihilo firmius eſt argumentum, quod ducunt ex *l. cognoſcere* 56. *§. liberorum ff. de V. S.* Ibi: *Liberorum appellatione continentur non tantum, qui ſunt in poteſtate, ſed omnes, qui ſui juris ſunt, ſive virilis, ſive feminini ſexûs ſint, exve feminini ſexûs deſcendentes.*

Similè admodum argumentum: nam & hoc in adverſam partem torqueri poteſt. Cur enim expreſſit deſcendentes feminini ſexûs, non maſculini? nempè quia ſimpliciter nominando deſcendentes, hi non comprehenduntur, ſed ſolùm ex maſculino ſexu deſcendentes. Itaque hos neceſſe non eſt exprimere, illos utique. Debet igitur eos exprimere etiam teſtator, ſi vult eos ad ſucceſſionem admitti. Non ſine cauſa igitur id expreſſit Ulpianus: nam Calliſtratus in *l. liberorum* 220. *ff. eod.* dubium reliquit, an deſcendentes ex feminis liberorum appellatione contineantur: imò non videtur eos comprehendiſſe. Ait enim: *liberorum appellatione nepotes, & pronepotes, & qui ex his deſcendunt, continentur: hos enim omnes ſuorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit.* Sed ſuorum appellatione non continentur deſcendentes ex feminis, quia non ſunt in poteſtate *§. 3. inſt. tit. de hered. qualit. & differ. §. ſui inſt. de hered. qu. ab inteſt. l.* 1. *§. ſuos heredes ff. de ſuis & legitimis hered.* ergo nec appellatione liberorum. Ad tollendam igitur hanc dubitationem merito Ulpianus inter liberos enumeravit etiam deſcendentes ex femineo ſexu. Quod ſi ambigua eſt appellatio liberorum; & in dubitationem adduci poteſt, an eâ comprehendantur deſcendentes ex feminis, quanto majorem habebit dubitationem vocatio liberorum maſculorum, ut infra dicemus.

Præterea ducunt argumentum à feudis ex *tit. de eo, qui ſibi vel hered.* ſed omiſſis etiam, quæ ſupra ad hoc genus probationis reſpondemus: nihil momenti eſt in hoc argumento. Etenim ibi inveſtituram feudatarius acceperat ſibi, vel heredibus ſuis maſculis, vel his deficientibus, feminis. Itaque vocati erant tam maſculi, quàm feminæ, & hi omnes in duas claſſes, ſeu ordines diſtributi atque diſtincti, quorum primus erat ordo maſculorum, ſecundus feminarum. 10

Quis autem poteſt eſſe tam ſtultus, qui dubitet, an maſculus ex femina ſit referendus in ordinem maſculorum, an verò feminarum. Neque enim deſinit eſſe maſculus propterea quòd à femina progenitus fuerit. Quocirca hic maſculus excludendus erit à ſucceſſione, ſi non ſuccedat in ordine maſculorum: nam quod in ordine feminarum ſuccedere non debeat, nulla eſt dubitatio aut controverſia. Abſurdum autem eſt dicere, eum eſſe à ſucceſſione feudi excludendum, cum in inveſtitura omnes maſculi contineantur, & feminis anteponantur. In caſu autem noſtro, in quo feminæ ſunt excluſæ, jure ac merito dubitatur, an earum etiam filii cenſeantur excluſi.

11 Progrediamur jam ad examinandum argumentum, quo movetur doctiſſimus Antonius Faber *de error. pragm. lib. 2. decad. 28. error.* 8. quod eſt omnium firmiſſimum, & ad perſuadendum aptiſſimum. Maſculus deſcendens à femina, eſt deſcendens, & eſt maſculus: atqui vocati ſunt deſcendentes maſculi; ergo & hic vocatus eſt. Nam cui conveniunt verba diſpoſitionis, convenit & ipſa diſpoſitio. Plane non poteſt negari quod contineatur appellatione deſcendentium maſculorum, qui eſt ſimul & deſcendens & maſculus. Nec ei obeſſe debet, quod à ſucceſſio ie fuerit ejus mater excluſa: quia fuit excluſa quod eſſet femina, hic ergo debet includi, quod ſit maſculus. Quæ ratio eſt in matre, ejus excludendæ, in filio eſt ejus includendi. Teſtator dilexit maſculos, non feminas. Hos, quia dilexit, vocavit: illas, quia non dilexit, excluſit. Igitur non dilexit matrem, ideoque eam excluſit: dilexit nepotem, ideoque illum vocavit.

Enimvero huic argumento reſponderi non poteſt, niſi confugiamus ad voluntatem teſtatoris, quæ omnino ſpectanda eſt; & totum facit in hoc genere diſpoſitionis. Diſertè ad rem Ulpianus in *l. ex facto §. rerum ff. de hered. inſtit. Rerum Italicarum, vel provincialium ſignificatione, quæ accipiendæ ſint, videndum eſt Et facit quidem totum voluntas defuncti: nam, quid ſenſerit, ſpectandum eſt.* Ergo & in caſu noſtro ſpectandum eſt, quid ſenſerit teſtator, & quinam maſculi ſint accipiendi ſignificatione generali maſculorum. Valde enim, nec ſine cauſa eſt ambigendum, an, cum maſculos præ feminis dilexerit, qualitatem maſculini ſexûs prætoptaverit non ſolum quoad progreſſionem, ſed etiam quoad originem, adeo ut deſideravit hanc qualitatem non ſolum in generato, ſed etiam in generante. Cum enim vocaverit ad ſucceſſionem deſcendentes ſerie, & continuatione numquam interruptâ; videtur etiam maſculos vocaſſe eadem ſerie, & continuatione non interruptâ; nullâque inter eos feminâ intermixtâ. Hanc enim qualitatem maſculini ſexûs adjunxit, & quodammodo inſevit cunctis deſcendentibus, ita ut ab ipſis ſeparari, ac ſejungi non queat. Quamobrem ſicut ad ſucceſſionem adſpirare non poteſt, niſi qui eſt deſcendens, & provenit à deſcendente teſtatoris, ita ad eam adſpirare non poteſt, niſi qui eſt maſculus, & à maſculo progenitus. Sicut enim teſtator voluit fideicommiſſum progredi continuatè de deſcendente in deſcendentem nullâ alia interjectâ perſonâ; ita voluit progredi continuatè de maſculo in maſculum nulla perſonâ feminei ſexus interjectâ. Etenim quando ſemper progrediendum eſt ad maſculos, progreſſus hic procedere debet de maſculo in maſculum, nullâ interjectâ feminâ, per quam ordo ac ſeries continuata maſculorum interrumperetur. Neque hoc eſt ſine exemplo in jure noſtro. Ulpianus in *l. 2. §. 1. ff. de ſuis & legit. hered. Agnati autem ſunt cognati virilis ſexus ab eodem orti.* Satis expreſſiſſe ſe putavit, agnatos eſſe maſculos conjunctos inter ſe per maſculos, verbis illis *virilis ſexûs*, quia cum eo tempore feminæ ratione Voconiana, ut ſupra expoſuimus, excluderentur à ſucceſſione, ſatis erat qualitatem maſculini ſexus exprimere ad demonſtrandum maſculos ex maſculis, quia feminæ nullum jus habebant in ſucceſſione, adeoque non debebant ſe maſculis intermiſcere. Juſtinianus autem *in §. 1. de legit. agnat. tut.* & in *§. 1. de legit. agn. ſucceſ.* cum id temporis feminæ non arcerentur à ſucceſſione, definivit agnatos eſſe cognatos per

virilis ſexus perſonas cognatione conjunctos. Neceſſarium exiſtimavit exprimere conjunctionem per maſculos, ne intermiſceretur aliqua femina. Ita quoque Calliſtratus in *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* deſcribit liberos, quaſi non contineantur eorum appellatione deſcendentes ex feminis, cum tamen certum ſit, eos quoque contineri *l. cognoſcere* §. 1. *ff. eodem.* quia ſcilicet refert definitionem ad ſucceſſionem XII. tab. Ibi: *hos enim omnes ſuorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit*: lex autem duodecim tabularum excludebat deſcendentes à feminis, cum neque ſui eſſent, neque agnati.

His omnibus, quæ diximus, rectè conſideratis apparet, utramque ſententiam lubricam eſſe ac periculoſam: eamque ſolam eſſe approbandam, quæ teſtatoris voluntate fulciatur.

CAPUT XXVIII.

De eâd. quæſtione.

SUMMARIUM.

1 *Ea opinio recipienda, quam conjectura & veritatis ſimilitudo confirmaverit.*
2 *Affirmativam pro regula ſtatuentes falſe putarunt tantum valere Fulgoſii auctoritatem, quantum legis præſcriptum.*
3 *Verbum generale tam propriè refertur ad genus infimum, quàm ad ſummum.*
4 *Et magis propriè interpretatur verbum* maſculos, *qui illud accommodat maſculis ex maſculo. Et ad hanc interpretationem qualibet conjectura ſufficiunt.*
5 *Exempla ampliſſimi nominis* liberorum *à veteribus reſtricti.*
6 *Item verbi* filiorum, *modò ampliati, modò reſtricti.*
7 *Et nominis* familiæ.
8 *Si teſtator vocet maſculos vel quia feminæ ſunt finis familiæ, vel quia ſexum maſculinum dilexit præ feminino, validiſſima conjectura eſt ad excludendos maſculos ex feminis.*
9 *Nomine generis uſurpato plerumque ea ſola ſpecies ſignificatur, quæ inter alias aliqua ratione præcellit.*
10 *Unuſquiſque habet affectionem erga familiam propriam vel heredis inſtituti.*
11 *Publica & privata utilitas exigit, ut maſculi ex maſculis præferantur maſculis ex feminis.*
12 *Prudentiſſimi populi à feminis progenitos à ſucceſſione excluſerunt.*

CONtroverſia, de qua in utramque partem in ſuperiore diſputavimus, adeò 1
eſt in proclivi, ut quamcumque ſententiam apprehenderis, facillime poſſit elabi. Quo efficitur, ut paulo momento in hanc, vel illam partem impelli debeamus: & in eam opinionem propendere, quam conjectura voluntatis teſtatoris quomodocumque nobis indicaverit. Quamobrem à veritate longiſſime arbitror aberrare eos, qui ſecundam ſententiam adeo mordicus tenent, ut ſtatuant contrariam ſequendam non eſſe, niſi urgeamur vehementiſſimis conjecturis, quæ in alium ſenſum detorqueri non poſſint. Ego contra ſentio, prudentem Judicem in eam opinionem venire debere, quam leves etiam conjecturæ, & veritatis ſimilitudo confirmaverit. Nam quæ ſunt in lubrico, quolibet impulſu incitata labuntur. In lubrico autem utramque opinionem eſſe, in ſuperiore demonſtravimus.

Duobus erroribus, ut mea fert opinio, 2
ſunt imbuti. Primus eſt, quod hanc ſententiam tamquam regulam juris à Lege præſcriptam obfirmare defendunt: tantumque apud ipſos Fulgoſii valet auctoritas, quantum Legis præſcriptum. Sed nuſquam id in jure noſtro traditum, ut in ſuperiore diximus, & contrarium potius eſt conſtitutum, ut infra dicemus: & Fulgoſius opinionem ſuam non pro certa, ſtabilique ſententia venditavit, ſed multis facti adminiculis in cauſa, quam defendebat, fulcire, & confirmare curavit; & ad extremum clientes ſuos hortatus eſt ad concordiam: adeò hanc ſententiam lubricam eſſe exiſtimavit. Conſecutis verò temporibus poſt acerrimas DD. contentiones invaluit apud quamplurimos ejus opinio, & contraria, quæ olim apud doctiſſimos, ac celeberrimos Juriſconſultos obtinebat, penè obſolevit. Quocirca etſi non putem omnino repudiandam Fulgoſii auctoritatem, tamen pro lege habenda non eſt; & ab ea facilè recedendum arbitror, quomodocumque contraria voluntas teſtatoris

Digitized by Google

oſtendatur *l. Lucius Titius* 93. *§. quæſitum* 3. *ff. de leg.* 3. Agitur enim de re controverſa & plena diſſenſionis inter doctos. Et pro certo ſumi non debet, quod dubium eſt, & controverſum. Et voluntatis conjectura facile admittitur in fideicommiſſis *l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *l. quæſitum* 12. *§. ſed & ipſe* 43. *ff. de fund. inſtr.*

3 Alter error eſt, quod putant verba accipi impropriè, & in aliena ſignificatione, cum ea generatim prolata, non de genere ſummo, ſed de genere infimo interpretamur. Verum non ita res eſt: ſed multo ſecus. Verbum generale tam propriè refertur ad genus infimum, quam ad ſummum. Hoc verbum *animal* eadem proprietate ſermonis comprehendit tam homines, ſimulque brutas animantes, quam ſolos homines, aut ſolas brutas animantes: nam verè, ac proprie homines ſunt animalia: itemque brutæ animantes: Imò ſi homines aut brutæ animantes non eſſent verè ac propriè animalia, nec ipſum genus ſummum poſſet ſubſiſtere, & comprehendere duas haſce ſpecies videlicet homines, & brutas animantes. Hoc amplius plerumque verbum generale magis propriè dicitur de genere infimo, quam de genere ſummo, atque ultimo: atque, id ſolet uſu venire, cum aliqua ſpecies ſupra alias omnes excellit. Jus civile eſt, quod quilibet populus ſibi conſtituit: atque adeo genus eſt: proprie tamen dicitur de jure civili Romanorum, & ita ſemper in jure noſtro uſurpatur §. 1. *inſtit. tit. de jur. natur. gent. & civil.* Urbs quoque generale nomen eſt, & omnes Urbes, quæ uſquam ſunt, continet, cum ab urbo, id eſt, aratri curvatura, ſit appellata, quo utebantur in deſignandis mœnibus *l. pupillus* 239. *§. urbs ff de V. S.* quod & Servius *in primo Æneidum* & Iſidorus *lib.* 15 *orig.* confirmant: ſed propriè dicitur de Urbe Roma, ut in *l. cætera* 41. *§. hoc Senatuſconſultum* 6. *ff de legat.* 1. *l.* 1. *ff. ad leg. Jul. de amb. l. relegatorum* 7. *§. conſtitutum* 15. *ff. de interd. & relegat l.* 1. *in princ. ff. de off præf. urb.* nec alia Urbs hoc nomine ſolet in jure noſtro ſignificari. Cognationis nomen continet cognationem naturalem, civilem, & naturalem & civilem ſimul. *l. non facile* 4. *§. cognationes ff. de grad. & affin.* Plerumque tamen nomine cognationis tertiam tantummodo ſpeciem ſignificamus, quæ utroque jure conſiſtit: nam civilis cognatio, etſi pleniſſimè cognatio ſit, propriè tamen agnatio vocatur *d. §. in fin.* & ſervilis cognatio, licèt ipſa quoque cognatio ſit, tamen à jure nomine cognationis non ſolet comprehendi *l.* 1. *§. pertinet ff. unde cognati princ. tit. inſtit. de ſervil. cognat.* Ita etiam naturalis cognatio vix ultra matrem ac fratres pro cognatione habetur *l.* 2. *ff. eodem.* Hoc amplius tertia ſpecies cognationis, ſeu genus, quod ſubjectas habet duas ſpecies, ſcilicet conjunctionem per maſculos, & conjunctionem per feminas, magis propriè de hac ſecunda conjunctione ſolet uſurpari *tot. tit. inſtit. de ſucc. cognat. & Novell.* 118. *in proœm. & in cap.* 4. Obligationis quoque nomen generale eſt, & tria genera ſubjecta complectitur: obligationem naturalem, civilem, & quæ utroque jure conſiſtit, naturalem & civilem. Cum autem obligatio nominatur in jure, ferè ſemper hoc poſtremum genus ſignificatur, vix unquam alia duo genera indicantur, ut in *tot. tit. ff. & inſtit. de obligat.* adeo ut obligatio mera civilis, licet in *§. præterea inſtit. de except.* dicatur obligatio efficax, tamen in *l. ſi dari* 25. *ff. de V. O.* dicatur nulla. Itemque obligatio naturalis, quæ nulla dicatur in *§. præterea inſtit. tit. quib. mod. toll. oblig.* quoad multa efficax eſt & utilis, ut in *l. etiam* 6. *ff. de compenſ.* in *l.* 1. *in fin. ff. de novat.* in *l. naturales* 10. *ff. de oblig. & act. l. Stichum §. aditio ff. de ſolut l. ſtipulatus* 6. *in fin. & l. fidejuſſor* 16. *ff. d. fidejuſſor. l.* 5. *ff. de pignor. l.* 1. *§. debitum ff. de conſt. pec. & paſſim.* Itaque nomine obligationis intelligitur obligatio naturalis & civilis, quia inter omnes excellit, & aliis eſt multo potentior; haud aliter deſcendentium maſculorum appellatio duo habet genera ſubjecta: maſculos deſcendentes à maſculis; & maſculos deſcendentes à feminis. Negari autem non poteſt prærogativam maſculini ſexus à reſtatore exopta-

Digitized by Google

tam in primo genere maſculorum eminere, ac præpollere, & præponderare maſculis ſecundi generis; cùm in illis pura ſit, & ſimplex de maſculo in maſculum ſine ullâ feminarum mixturâ producta & propagata, ordine ac ſerie maſculorum numquam interrupta: in his verò, mixturâ feminei ſexûs interjectâ quodammodo corrumpatur qualitas maſculini ſexûs feminis intermixtis. Ergo magis propriè conveniunt verba *deſcendentes maſculi* deſcendentibus per maſculos, quàm deſcendentibus per feminas, aut deſcendentibus maſculis in genere ſummo.

4 His efficitur, non recedere à propriâ, atque uſitatâ ſignificatione verborum eum, qui illa accommodat maſculis ex maſculo, excluſis omninò maſculis ex femina: imò eum magis propriè verba interpretari, quàm qui utrumque genus comprehendit. Quòd ſi verum eſt, ut certè veriſſimum eſt, non recedi à proprietate ſermonis verba ſic interpretando, quorſùm neceſſariæ ſunt tam vehementes conjecturæ, quales omninò requiruntur, ut recedamus à proprietate ſermonis, & alienâ interpretatione in alium ſenſum verba detorqueamus? Ego ſanè puto quamlibet veri ſimilitudinem, quamlibet conjecturam ſufficere, ut hanc interpretationem alteri anteponamus. Liberorum nomen generale eſt, & comprehendit omnes liberos, nepotes, & pronepotes, & cujuſcumque gradûs, & conditionis: itaque & adoptivos complectitur *l.* 1. *in princ. ff. de bon. poſſ. contra tab. l.* 1. *§. liberos ff. ſi tab. teſtam. nulla exſt. b.* & tamen in conditione *ſi ſine liberis deceſſerit*, pro liberis non habentur, nec faciunt deficere conditionem ex quâdam veriſimili mente teſtatoris *l. fideicommiſſum* 76. *ff. de cond. & dem.* imò & ſuſcepti poſt deportationem quaſi ex alio ſuſcepti; licèt ante deportationem concepti, licèt poſteà edantur, faciunt deficere conditionem *l. ex facto* 17. *§. ex facto ff. ad S. C. Trebel.* Naturales etiam liberorum nomine continentur, etſi fuerint in ſervitute ſuſcepti, *l. Lucius Titius* 88. *§. Dama in fin. ff. de leg.* 2. & tamen in ſuperiore conditione, an contineantur, voluntatis quæſtio eſſe dici u-, de quâ ex dignitate, & conditione fideicommittentis judicandum eſt *l. ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus* 4. *ff. ad S. C. Trebell.*

Sed ad rem propiùs accedamus. Liberorum nomen etiam nepotes ex femina complectitur *l. cognoſcere* 56. *§.* 1. *ff. de V. S.* Ad excuſationem tamen à tutela propter multitudinem liberorum numerantur ſolùm deſcendentes ex maſculis, ſive maſculi ſint, ſive feminæ *l.* 1. *§. non ſolùm ff. de excuſ. tut.* Item immunitas conceſſa poſteris, in perpetuum ſuccedentibus durat, quia tam latè pater poſterorum appellatio, ut expoſuimus in ſuperiore *l.* 4. *ff. de jure immun.* Ad eos tamen, qui ex feminis nati ſunt, non pertinet *l.* 1. *in fin. ff. eodem.* Rurſus liberorum nomine etiam, qui in ventre ſunt, continentur *l. is cui* 18. *ff. qu. d. leg. ced.* & tamen quoad excuſationem à tutela inter liberos non connumerantur *l.* 1. *§. qui autem ff. de excuſ. tut.* Ex his intelligi datur, quàm facilè veteres ampliſſimum nomen liberorum reſtrinxerint. 5

Eâdem facilitate nomen filiorum modò laxant, modò contrahunt, ejuſque ſignificationem modò latiſſimis, modò anguſtiſſimis terminis circumſcribunt. Paulus in *l. filii* 84. *ff. de V. S. filii appellatione omnes liberos intelligimus.* Non poteſt latiùs extendi. Calliſtratus in *l. liberorum* 220. *§. ult. ff. de V. S. filiorum appellatione omnes, qui ex nobis deſcendunt, contineri.* Julianus in *l. juſta* 201. *ff. eodem juſtâ interpretatione recipiendum eſt, ut appellatione filii, ſicuti filiamfamilias contineri ſæpè reſpondebimus, ita & nepos videatur comprehendi.* Obſervanda ſunt verba illa *juſtâ interpretatione*, hâc enim & verba dilatantur, & reſtringuntur. In *l. quæſitum* 12. *§. uxores* 7. *ff. de inſt. vel inſtrum. leg.* hujuſmodi extenſionis causâ affertur dura ſeparatio. In *l. Senatuſconſulto.* 59. *ff. de ritu nup.* Senatuſconſulto, quo cautum eſt, ne tutor pupillam vel ſibi nuptam collocet, etiam nepos ſignificatur. In *l. pen. in fin. C. ad S. C. Macedonian.* Senatûſconſulti auxiliũ licèt filii familias meminerit, & ad nepotes pronepotes porrigitur. Contrà Ulpianus in *l. quid ſi nepotes ff. de teſtam. tut.* cæterùm ſi filios dixit, non continebuntur nepotes; ali- 6

ter enim filii, aliter nepotes appellantur. Iiſdem ferè verbis idem ſtatuit Imperator in §. *ult. inſt. tit. qui teſtamen. tut. dar. poſſint.* Multò anguſtiùs hoc nomen coarctabat Labeo, qui nec filium quidem libertinum nomine filii putavit comprehendi, cujus ſententiam probat Javolenus, niſi appareat teſtatorem de hoc fuiſſe locutum *l. ult. ff. de jur. deliber.*

7 Idem juris eſt in familiæ ſignificatione, quæ in uſu juris modò reſtrictè, modò laxè accipitur. Quàm latè pateat, copioſè explicatur tum in *l. pronunciatio* §. *familiæ*, 195. *ff. de V. S.* tum in *l. ult. C. eodem.* Comprehendit enim & liberos homines, qui ſunt ejuſdem familiæ, & ſervos & libertos & generum etiam ac nurum *d. l. ult.* Feſt. Pompeius. *Familiæ antea in liberis hominibus dicebantur, quorum dux, & princeps generis, pater, & mater fam. unde familiæ nobilium Pompiliorum, Valeriorum, Corneliorum: poſteà hoc nomine etiam famuli appellari cœperunt permutata* I *cum* V *litera.* Et Ulpianus in *l. deteſtatio* 40. §. *familiæ ff. de V. S.* familiæ appellatione liberi quoque continentur. Contrà in *l. pronunciatio in fin. ff. eodem.* familiæ nomine ſoli liberi continentur. At verò in *l.* 2. §. *hæc actio* 14 *ff. vi bon. rapt.* ſoli ſervi comprehenduntur. In edicto Prætoris de publicanis familiæ nomen, & ſervos & liberos, qui ſunt in miniſterio publicani continet *l.* 1. *in princ. juncto* §. *familia ff. de public. & l. ſed & hi* 13. *ff. eodem.* In edicto autem de vi ad ſervos refertur *l.* 1. *in princip. juncto* §. *familia* 16. *ff. de vi & vi arm.* Item in edicto de albo corrupto *l. ſi familia* 9. *ff. de juriſdict.* & in edicto de furtis *l.* 1. *ff. ſi famil. furtum fec. dicat.* quod & ad damnum injuriâ datum extendit Cajus in *l. illud quæſitum* 32. *ff. ad l. Aquil.* Idem in S. C. Sillan. *l.* 1. *ff. de S. C. Sillan.* Eadem ſignificatio in *l. quod ait.* 31. *ff. de nox. act.* Contrà verò in legatis hoc verbo ſignificabant perſonas liberas ejuſdem nominis, ſeu agnationis, ut in *l. omnia* 32. § *ult.* in *l. unum ex familia* 67. *ferè per tot. in l. peto* 69. § *fratre*, & §. *ult. ff. de leg.* 2. & in *l. filius fam.* 114. §. *cùm pater* 15. *ff. de leg.* 1. & paſſim. Cùm verò fideicommiſſum à patrono relinquitur liberto, familiæ nomine intelliguntur ejus liberti, quotquor fuerint, ut in *l. cùm pater* 77. §. *cum inter* 28. *ff. de leg.* 2. Eadem quoque varietas eſt apud latinos auctores, qui hoc nomine varios ſenſus explicant. Familiam pro ſervis, & libertis dixit Cicero pro Sext. Roſc. *cap.* 8. *Tamen in tanta felicitate nemo poteſt eſſe in magna familia, qui neminem, neque ſervum, neque libertum improbum habeat*: & infrà *cap.* 46. *Familiam verò quantam, & quàm variis cum artificiis habeat, quid ego dicam? Mitto haſce artes vulgares, coquos, lecticarios: animi & aurium cauſa tot homines habet, ut quotidiano cantu vocum, & nervorum, & tibiarum, nocturniſque conviviis tota vicinitas perſonet.* Corn. Nep. in vita Pomponii Attici *cap.* 13. *Uſus eſt familiâ, ſi utilitate judicandum eſt, optimâ: ſi formâ, vix mediocri.*

Familiam pro ſtirpe generis accepit idem Cicero in orat. pro Rabir. Poſt. *cap.* 1. *Cùm ſit hoc generi hominum propè natura datum, ut, quâ in familia laus aliqua fortè floruerit, hanc ferè, qui ſunt ejus ſtirpis, cupidiſſimè perſequantur.* & pro Muren. *cap.* 7. *Sin autem ſunt amplæ & honeſtæ familiæ plebeiæ: & proavus l. Murenæ, & avus, prætores fuerunt, & pater, &c.* Non minùs variant in numero perſonarum. Nam Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 6. §. 5. *Familiæ autem nomine etiam duo ſervi continentur.* Contrà Ulpian. in *l.* 1. §. *familiæ ff. de vi, & vi arm. Familiæ autem appellatio ſervos continet: ſed quæritur, quem numerum ſervorum contineat, utrum plurium, an verò duorum, vel trium: ſed verius eſt in hoc interdicto, etiamſi unus ſervus vi dejecerit, familiam videri dejeciſſe.* Hæc duo reſponſa eleganter conciliari poſſunt verbis Ciceronis in orat. pro A. Cæcin. *cap.* 19. *Quid enim facilius eſt, quàm probari iis, qui latinè ſciant, in uno ſervulo familiæ nomen non valere?* & deinceps. *Si ad rem judicandam verbo ducimur, non re: familiam intelligamus, quæ conſtet ex ſervis pluribus; quin unus homo, familia non ſit. Verbum certè hoc non modò poſtulat, ſed etiam cogit. At verò ratio juris interdictique vis, & prætorum voluntas, & hominum prudentium conſilium, & auctori-*

tas, reſpuat hanc defenſionem, & pro nihilo putet: & deinde: *Ut ſervos non numero diſtinguant, ſed appellent uno familiæ nomine.* Reliqua exempla, quæ paſſim occurrunt in jure noſtro, ſilentio prætermitto, in quibus nomen generis ſummi aptatur ſubjecto generi, & ad ipſum reſtringitur. De his enim ſupra diximus luculenter, ubi de verborum generalium interpretatione ſatis copioſè diſputavimus, quæ ſi huc tranſferantur, dilucidè apparebit, quàm faciles eſſe debeamus ad coarctandam maſculorum vocationem ad maſculos ex maſculis. Atque hoc eo facilius in propoſita controverſia eſt admittendum, quod eò ducunt omnes conjecturæ.

8 Prima eſt, quæ, ni fallor, egreditur conjecturæ terminos, quod aut teſtator ad excludendas feminas, & vocandos maſculos adductus eſt ea de cauſa, quia feminæ ſunt finis familiæ: aut quia ſexum maſculinum præ femineo dilexit. Si primum; explorati juris eſt, excluſos eſſe maſculos ex feminis: quia ipſi non ſolùm ſunt caput, & finis familiæ, ut eſt femina eorum mater *l. pronunciatio 195. in fin ff. de V. S.* ſed etiam ſunt prorſus familiæ alienæ: mater enim licèt ſit caput, ſeu origo alienæ familiæ, non tamen eſt in familia aliena, filius vero eſt in aliena familia, & particeps non eſt ejus familiæ, cujus eſt mater: ergo ſi mater hac de cauſa fuit excluſa, multo magis ejus filius. Si verò ſecundum; pariter veroſimile eſt teſtatorem eum excludere voluiſſe: nam licet & in ipſo inſit qualitas ſexus maſculini, quam teſtator unicè dilexit, tamen ea magis eminet in maſculis ex maſculo, cum in his merus ſit, & purus ſexus maſculinus, in illo vero ſit feminæ admixtione concretus: adeoque præſumi debet, hunc ſexum maſculinum merum, & purum, & ſupra alium excellentem magis fuiſſe dilectum à teſtatore. Præterquam quod ſi teſtator ſexum maſculinum dilexit, amoto penitus feminino, quid rei eſt, cur putemus, eum dilexiſſe ſolum in generato, non autem in generante? Plane ſeries illa continuata deſcendentium maſculorum, quam teſtator prædilexit, luculenter demonſtrat, eum habuiſſe affectionem erga maſculos non interrupto ordine ſibi ſuccedentes: & ſicut voluit fideicommiſſum progredi ſemper de deſcendente in deſcendentem, ita veriſimile eſt eum voluiſſe omnes illos deſcendentes habere annexam qualitatem ſexus maſculini, ita ut de maſculo in maſculum progrediatur, nullâ feminâ intermixtâ, quæ continuam illam ſeriem, & ordinem maſculorum interrumpat.

Neque me movet, quod etiam maſculi 9
ex feminis ſint vere maſculi, adeoque propriè contineantur ipſi quoque maſculorum appellatione. Etenim, ut ſupra demonſtratum eſt, quoties genus, plura genera inferiora, aut ſpecies ſubjectas habet, inter quas una aliqua eminet, aut aliqua ratione vel affectione diſponentis præcellit & prævalet aliis, plerumque ea ſola ſignificatur, licet nomen generis fuerit uſurpatum. Ecce: legitima hereditas eſt tam ea, quæ ex teſtamento, quam ea, quæ obvenit ab inteſtato: nam ea quoque quæ teſtamento datur, lege, ac jure nobis obvenit *l. lege obvenire 130. ff. de V. S. l. 1. ff. de petit. hered.* Verumtamen quia hæc à lege confirmatur, illa ab ipſa lege datur; ac propterea in illa prævalet qualitas legitima, fere ſemper nomine legitimæ hereditatis intelligimus hereditatem ab inteſtato *l. item veniunt §. licet autem ff. de petit. hered. l. in arenam 11. C. de inofficioſo teſtam. l. 2. C. de Carbon. ed. tot. tit. inſtit. de legit. agn. ſucc. & ubique paſſim.* Nomen quoque inſtitutionis continet, & inſtitutionem primi heredis, & inſtitutionem ſecundi heredis, hoc eſt, ſubſtitutionem *l. mulier 20. §. ult. ff. de cond. inſtit. & l. Lucius Titius 53. in fin. ff. de hered. inſt.* & tamen nomen inſtitutionis ſimpliciter & abſolutè pronunciatum de inſtitutione primi gradus ferè ſemper accipitur *d. l. Lucius Titius in fin. & in tot. tit. ff. de hered. inſtit.* in quo ſemper agitur de inſtitutis primo gradu: nam de inſtitutis ſecundo gradu, hoc eſt, ſubſtitutis agitur in *titul. de vulg. & pupill.* Amplius dico, heredis nomen valet in quocumque genere heredum, & tamen ſi pater dixerit: *quiſquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres eſto*: non omnis, qui patri heres extitit, ſed is, qui ex teſ-

Digitized by Google

tamento heres extitit, ſubſtitutus videtur: & ideò neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per ſervum extitit ad ſubſtitutionem admittetur, neque heredis heres *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pup.* Quid ità? an non adjectum eſt ſignum univerſale, *quiſquis*, quòd omnes omninò heredes comprehendit? ſic ſanè; ſed affectio teſtatoris reſtringit genus, & ſignum univerſale, ad eum ſolum heredem, qui venit ex judicio teſtatoris *d. l. in fin.* Haud aliter, qui juſſus eſt heredi dare, non debet dare heredis heredi *l. ſub diverſis in fin. ff. de cond. & dem.* licèt heres heredis ſit heres teſtatoris *l. ult. verſ. & hoc C. de hered. inſtit.* nec poteſt dari heredi cui ex Trebelliano reſtituta eſt hereditas *l. qui heredi* 44. § *cùm hereditas ff. de cond. & dem.* Fortiùs urget text. in *l. ex facto* 17. *in fin. ff. ad SC. Trebell. ſi quis ità fideicommiſſum reliquerit*: fidei tuæ, fili, committo, ut ſi alieno herede moriaris, reſtituas hereditatem Sejo: *videri eum de liberis ſenſiſſe Divus Pius reſcripſit.* Avunculus certè non eſt alienus heres, & tamen hìc pro alieno habetur, ſicut & frater, & alii vel proximi agnati. Scilicèt propter præſumptam affectionem teſtatoris erga liberos, hi Sejo poſtponuntur, qui fortaſſe erat extraneus.

10 Confirmatur ſuperior conjectura, alia conjectura, ſeu potiùs argumento validiſſimo. Unuſquiſque habet ſingularem affectionem erga propriam familiam vel heredis quem inſtituit: ſed deſcendentes à femina ſunt extra familiam, ſunt alieni, ergo non præſumuntur vocati. Alieni dicuntur etiam proximi agnati quoad extraneum ex laudatâ *l. ex facto*: ergo multò magis maſculi ex femina quoad maſculos ex maſculo: hi enim ſunt agnati & ejuſdem familiæ: illi cognati, & familiæ alienæ *l. pronunciatio* 195. *in fin. ff. de V. S.* Atque, ut hunc locum diutius urgeam, obſervo Modeſtini reſponſum in *l. cùm ità legatur* 32. §. *ult. ff. de leg.* 2. Nomen familiæ variè latèque patet, ut modò dicebamus: & tamen fideicommiſſum familiæ relictum reſtringitur ad eos, qui ſunt ejuſdem nominis: ergo multò magis nomen maſculorum quod non tam variè neque tam latè patet, reſtringi debet ad maſculos ejuſdem nominis, ac familiæ. Neque hoc leges abhorrent: nam Juſtinianus in §. *caterùm inſtit. tit. de legit. agnatorum ſucceſſ.* maſculorum nomine ſemper intelligit agnatos: & Scævola in *l. Gallus* §. *& videtur primum* 12. *ff. de liber. & poſt.* deſcendentes maſculos ex maſculis dicit eſſe omnes virilis ſexûs: Et Ulpianus in *l.* 2. §. *agnato ff. de ſuis, & legit. hered. Agnati ſunt cognati virilis ſexûs ab eodem orti.* Satis expreſſiſſe conjunctionem per maſculos putavit illis verbis, *virilis ſexûs.*

11 Denuò confirmatur animadvertendo quòd teſtator ad feminas excludendas, & vocandos ſolummodò maſculos adductus eſt aut propter publicam, aut propter privatam & propriam utilitatem. Publica utilitas exigit, ut familiæ conſerventur, earumque ſplendor per facultates & opes augeatur: idque certiſſimum eſſe noſtri legiſlatores exiſtimaverunt, ac propterea vocarunt agnatos cognatis excluſis, & ſuos heredes excluſis aliis liberis *toto tit. inſtit. de hered. quæ ab int. & de legit. agn. ſucc.* Et licèt Juſtinianus feminarum fautor, & patronus hanc politicam rationem reprobarit: tamen ſubſequentes legiſlatores omnium ferè civitatum, veterum veſtigia ſuis ſtatutis ſunt perſecuti. Privata quoque utilitas idem exigit, cùm noſtrâ intereſt, nobiſque expediat, familiæ noſtræ ſplendorem conſervari & amplificari, idque prudentes ſemper deſiderent. Quod in caſu noſtro prudens teſtator oſtendit excludendo feminas, adeòque etiam à feminis progenitos: ſatis enim abſurdum eſt ipſâ origine ſublatâ, ejus imaginem derelinqui; ut ait Imperator in *l. unic. in princ. C. de Lat. libert. toll.*

12 Poſtremò ſic interpretando mentem teſtatoris, prudens ejus conſilium animadvertitur, ut loquitur Scævola in *l. Lucius* 85. *in fin. ff. de hered. inſtit.* Maximo argumento eſt, quòd omnes populi, qui prudentiâ ſuprà cæteros excelluerunt, à feminis progenitos excluſerunt à ſucceſſione. De Romana Rep. ſatis conſtat, quâ regendæ civitatis ſcientia, & adminiſtrandi prudentia nulla

Digitized by Google

excellentior, quæ publicè expedire putavit, ordinum dignitatem familiarumque ſalvam eſſe *l. 1. §. Sed etſi 13. ff. de inſpic. ventre.* Non aliter apud Athenienſes populum prudentiſſimum ἄῤῥενες ἐξ ἀῤῥένων maſculi ex maſculis vocabantur: luculenter hoc jus ſucceſſionis maſculorum ex maſculis exponit Demoſthenes *orat. in Macartatum & orat. in Leocharem*, & Iſæus *in orat. de heredit. Apollodori & de hered. Hagniæ.* Quid multa? Deus ipſe auditâ querelâ filiarum Salphaad precantium, ne nomen & familia patris extingueretur, reſpondit Moyſi: juſtam rem poſtulant filiæ Salphaad: legemque poſuit, ut filiæ quidem deficientibus filiis maſculis ſuccederent: omnes tamen cognatos materni generis amovit à ſucceſſione *Numer. cap. 27. 6. & ſeqq. & ibi Grotius.* Quid igitur argumenti eſt, aut rationis, quamobrem ab interpretatione plenâ conſilii atque prudentiæ recedamus?

CAPUT XXIX.

De conjecturis præced. quæſtion.

SUMMARIUM.

1 *Contemplatio agnationis eſt probatio evidens excluſionis deſcendentium feminarum.*

2 *Ad excludendos feminarum deſcendentes ſufficit qualitatem maſculinam ex maſculo requiſitam eſſe in filiis & nepotibus heredis inſtituti.*

3 *Ab aliis legatis antecedentibus vel conſequentibus ducitur conjectura ad interpretandum legatum.*

4 *Poſthuma comprehenditur in legato filiarum, ſi in aliqua teſtamenti parte poſthumæ mentio facta ſit.*

5 *Incongruum eſt, ut verbum in una parte laxius, in alia ſtrictiùs intelligatur & n. 6 7. 8.*

9 *Juxta opinionem contrariam poſſet evenire, ut remotior ad ſucceſſionem admitteretur proximiore excluſo.*

10 *Triplex vocatio maſculorum ex maſculis non eſt neceſſaria ad excludendos maſculos ex femina.*

11 *Vocatis filiis maſculis cujuſdam, & eorum deſcendentibus maſculis, excludi deſcendentes feminarum.*

12 *Maſculi ex feminis in una linea excluſi, in alia quoque excluſi cenſentur.*

13 *Idem eſt, ſi expreſsè excludantur in parte conditionali.*

Lubrica ſanè, & periculoſa quæſtio eſt de admittendis, vel excludendis deſcendentibus feminarum: adeò ut in quamcùmque partem inclinaveris, facilè inde retrahi poſſis. Quamobrem in ſuperiore demonſtravimus ſolas conjecturas ſufficere, eaſque non admodùm graves, ut à communi ſententiâ retrahamur, & ad contrariam inclinemus. Quidam potiſſimam conjecturam eſſe arbitrantur, quæ ducitur ex contemplatione agnationis. Sed hæc non eſt ſimplex conjectura: verùm evidens, & potentiſſima probatio, quæ neceſſariam affert conſecutionem. Nam ſi agnati ſunt cognati, qui per virilis ſexûs perſonas junguntur *§. 1. inſtit. tit. de legit. agnat. tut. §. 1. de legit. agnat. ſucceſ. l. ſunt autem 7. ff. de legit. tutor. l. non facilè* 4. §. 1. & 2. *l. juriſconſultus* 10. §. 2. & 4. *ff. de grad. & affin.* conſequens eſt, eum, qui voluit vocare ad ſucceſſionem agnatos, voluiſſe excludere deſcendentes feminarum, qui agnati non ſunt, ſed cognati. 1

Ego firmam, & indubitatam conjecturam, quæ ſola ſufficiat ad excludendos feminarum deſcendentes, eſſe arbitror: ſi teſtator initio maſculum vocaverit, & deinceps ejùs filios maſculos, & ex eis deſcendentes maſculos in infinitum. Nec dubito, in cæteris deſcendentibus à teſtatore fuiſſe requiſitam eamdem qualitatem maſculinam, quæ fuit requiſita in filiis, & nepotibus: nempè ut ſint maſculi ex maſculis. Quamvis enim hoc verbùm *maſculi* in lata ſignificatione, ac totâ ſui amplitudine comprehendat etiam maſculos ex feminis, tamen in propoſito exemplo reſtringitur ex antecedentibus factâ collatione ad ſtrictam ſignificationem, in quâ proximè fuit uſurpatum. Atque hæc eſt recta, & à legibus approbata, & ratione confirmata interpretatio. Ex antecedentibus enim, & conſequentibus elicitur ſententia ſcribentis, & emergit veritas obducta ambiguitate verborum. *l. heredes* 21. §. 1. *verſ. ſed etſi notam ff. qui teſtam. fac. l. quæſitum* 12. §. *Papinianus quoque* 41. *ff. de inſtr. vel inſtrum. l. nummis* 75. *in fin. ff. de leg.* 3. 2

I. Probatur

3 I. Probatur ex *l. ſi ſervus plurium* 50. *§. ult. ff. de leg.* 1. ubi ſi numerus nummorum legatus ſit, nec appareat, de quibus nummis ſenſerit teſtator, earum, quæ præcedunt, & quæ ſequuntur, ſummarum ſcripta ſpectanda ſunt. Ducitur hîc conjectura ab aliis legatis, quæ vel antecedunt, vel ſequuntur: quantò magis ſi in eodem legato eâdemque periodo, eâdemque conceptione verborum teſtator declaraverit, de quâ ſpecie ſenſerit?

4 II. Idem Ulpianus in *l. qui filiabus* 17. *in princ. ff. de leg.* 1. *Qui filialibus legavit, ſi mentionem aliquâ parte teſtamenti poſthumæ fecit, videtur in filiarum legato, & de poſthumâ ſenſiſſe.* Filiorum nomen etiam poſthumos comprehendit, quia in his, quæ ad commodum eorum pertinent, pro jam natis habentur *l. qui in utero* 7. & rurſus *l. qui in utero* 26. *ff. de ſtat. hom. l. cùm quidam* 30. *§.* 1. *in fin. ff. de acquir. vel om. hered.* & ideò, qui filiis tutorem dat, etiam poſthumis dediſſe videtur *§. cùm autem* 4. *inſt. tit. de tutel. §. ult. inſt. tit. qui teſt. tut. dar. poſ. l. nomen filiarum* 164. *ff. de V. S.* Sed in legato relicto filiabus non continetur poſthuma, quia legatum relinquitur ob meritum *l. nec adjecit* 9. *ff. pro ſoc.* nec ullum meritum conſiderari poteſt in eo, qui nondùm eſt in rerum naturâ; ſicut nec demeritum *l. ſi quis ſuo* 33. *in fin. C. de inoff. teſtam.* Quare non videtur teſtator de poſthuma cogitaſſe: ſed ſi aliquâ teſtamenti parte poſthumæ fecerit mentionem, de eâ cogitaſſe conjicit Juriſconſultus. Et ſic ducitur conjectura ab aliâ parte teſtamenti: quantò magis credendum eſt, teſtatorem cogitaſſe de maſculis ex maſculis, ſi in eadem parte, eâdemque diſpoſitione de illis diſpoſuerit, maſculos ex maſculis vocando. Idem traditum in *l. quæſitum* 12. *§. Papinianus quoque. antepenult. ff. de fund. inſtr.* Ibi: *niſi ex aliâ parte, & de ſervis eum cogitaſſe, apparuerit.*

Idem in *l. nummis* 75. *in fin. ff. de leg.* 3. nummis indiſtinctè legatis, illi legati videntur, qui ex contextu teſtamenti poſſunt apparere legati. Idem in *l. qui non militabat.* 208. *§.* 1. *in fin. ff. de her. d. inſt.* Ibi: *quid veteres nummis Titio legatis, nummorum ſpecie non demonſtratâ, cæterorumlegatorum contemplatione receperunt.*

Hæc igitur eſt norma juris, hæc regula minimè fallax, ad quàm omnis interpretatio voluntatis eſt dirigenda, ut verba intelligamus, & exponamus ſecundùm intelligentiam, ſenſumque teſtatoris. Intelligentia autem, ſenſuſque teſtatoris certò deprehenditur ex aliis locis, in quibus eadem verba teſtator uſurpavit. Quòd ſi in eadem diſpoſitione, eâdemque periodo, eorumdem verborum conceptione, quâ in ſignificatione verbum aliquod acceperit teſtator, appareat; nulla eſt controverſia, quin ſemper in eadem ſignificatione verbum illud pluries à teſtatore repetitum, ſit accipiendum.

III. Concurrit eòdem & illa omnibus no- 5 ta, ac pervulgata regula: quòd determinatio reſpiciens plura determinabilia, ea pari modo determinat. *l. jam hoc jure* 4. *§. ſed ſi alter ff. de vulg. & pup.* Ibi: *quia incongruum eſt, ut idem verbum in altero duplicem, in altero unicam contineat ſubſtitutionem.* Incongruens igitur eſt, ut idem verbum *maſculi* in filiis, & nepotibus contineat ſolùm maſculos ex maſculis; in aliis autem deſcendentibus contineat tàm maſculos ex maſculis, quàm maſculos ex feminis. Sed quam vim, quod pondus habeat hæc regula, & quando obtineat, ſuo loco diligenter expendimus, undè petenda ſunt ea, quæ hùc pertinent.

IV. Sed omiſſis generalibus probationibus ſpeciatim id probatur auctoritate Pauli 6 in *l. nam quod liquidum §. ult. ff. de penu leg. Si ità ſcriptum ſit: omnem penum præter vinum quod Romæ erit: ſola penus, quæ Romæ eſt, legata videtur: & ità & Pomponius lib. 6. ad Sabinum ſcribit.* Reſtrictio illa *quod Romæ erit* licèt adjecto ſit ſolummodò vino, tamen reſtringit etiam penum adeò, ut legato contineatur ſolummodò penus, quæ Romæ erit.

V. Confirmat idem Paulus in *l. Sejæ* 20 *§. Gajo Sejo ff. de inſtr. vel inſtrum. leg. Gajo* 7 *Sejo alumno meo fundos meos illum, & illum, ità ut inſtructi ſunt, & domum ſuperiorem.*

dari volo: quæſitum eſt, an etiam domum inſtructam dari voluerit: reſpondit, ſecundùm ea, quæ proponerentur ita videri dediſſe, niſi is à quo peteretur, aliud teſtatorem ſenſiſſe manifeſtè doceret. Obſerva, quòd onus probandi contrarium incumbit heredi, qui non ſolùm contrarium debet probare, ſed id manifeſtè docere debet.

8 VI. Fortiùs urget Proculi & Labeonis auctoritas in *l. ult. §. 1. & 2. ff. de trit. vin. & ol. leg. Cui dulcia legata eſſent, ſi nihil aliud teſtamento ſignificetur, omnia hæc eſſe legata, mulſum, paſſum, defrutum, & ſimiles potiones: item uvas, ficus, palmas, caricas.* Ergo legato dulcium, non ſolùm ea continentur, quæ potui ſunt, ſed etiam, quæ eſui. Subdit tamen Proculus: *quòd ſi ità eſſet legatum: vinum amphorarium, Aminæum, Græcum, & dulcia omnia: nihil inter dulcia, niſi quod potionis fuiſſet, legatum putat Labeo, quòd non improbo.* Nomen dulcium, quod eſt generale comprehendens non ſolùm potiones, ſed etiam eſculenta, reſtringitur ad ſolas potiones ex ſolâ vini collatione, quod antecedenter fuit legatum. Nec impedit hanc reſtrictionem verbum illud adjunctum *omnia*, quod eſt univerſale, & videri poteſt adjectum ad comprehendenda non ſolùm potui deſtinata, de quibus mentionem fecerat, ſed etiam eſui. Quantò magis igitur in caſu noſtro, in quo nullum verbum univerſale fuit adjunctum; neque enim dixit teſtator *omnes deſcendentes maſculos*: quod etſi adjeciſſet, tamen ex hâc lege facilè probaretur, non comprehendi maſculos ex feminis, factâ collatione maſculorum ex maſculis, qui anteà vocati fuerunt. Maximè quia verbum illud, *omnes*, adjectum eſt deſcendentibus, non verò maſculis: itàque ſignificat admittendos quidem eſſe omnes deſcendentes, dummodò tamen habeant illam qualitatem, quam in primo vocatis deſideravit teſtator: videlicèt, ut ſint maſculi ex maſculis.

9 VII. Si cum adverſariis ſentiamus, ſequitur, ut pronepos ex nepte excludat nepotem ex filiâ primò vocati: quo nihil ineptius aut abſurdius dici poteſt, aut exiſtimari. Fingamus enim, Titium primò ſubſtitutum, præter filios maſculos etiam filias feminas poſt ſe reliquiſſe: & ad hereditatem ex ſubſtitutione concurrere nepotem ex filia, cum pronepote ex nepte: Utique nepos ex filia ad hereditatem admitti non poteſt, quia teſtator inſtituit Titium, & ei ſubſtituit filios maſculos, & ex eis deſcendentes maſculos: quamobrem nepos ex filia Titii non poteſt ſuccedere, quia non deſcendit à filiis maſculis: contrà pronepos ex nepte ſuccedet eo excluſo, quia eſt maſculus, & à filiis maſculis deſcendit. Quis autem adeò bardus ſit ac ſtupidus, ut putet teſtatorem voluiſſe excludere nepotem proximiorem, & ex filia ſibi benè cognitâ natum; eique anteferre pronepotem remotiorem, genitum ex nepte ſibi plerùmque incognitâ; atque adeò minùs dilectum anteponere magis dilecto: imò alterum omninò excludere, alterum verò admittere? ſanè id veriſimile non eſt: & quod veriſimile non eſt, in interpretandâ voluntate teſtatoris rejiciendum eſt *l. Publius 36. in fin. ff. de cond. & dem.* Imò eſt omninò abſurdum, ut diximus, & quod abſurdum eſt, nulla lex probat *l. filiusfam.* 114. *§. ſed ſi Titii 4. ff. de leg. 1. l. 1. §. ſi pater 6. ff. de conjung. cum emanc. liber. l. ſi in diem 46. ff. de cond. & dem. l. 1. §. 1. ff. de ſervo corrup. l. depoſui 38. §. Stichum in fin. ff. de pecul. l. quid tamen 21. §. ſed ſi 11. in fin. ff. de rec. arbitr. l. libertus 36. ff. de bon. lib. l. ſive hereditaria 22. in fin. ff. de negot. geſt. l. ait prætor 7. §. quid ſit ff. de jur. delib.* Et ſi, quod veriſimile eſt, ab eo, quòd verba ſonant, diſcrepare videatur; potiùs id, quod veriſimile eſt, quàm quod verba ſonant, probandum eſt: laudatâ *l. Publius 36. in fin. ff. de cond. & dem.* in quâ ad rem noſtram deciditur, veriſimile non eſſe, quòd teſtator voluerit plus habere ſecundo loco ſubſtitutum quam ſubſtitutum primo loco, quem magis dilexit.

Nec mutat, quòd idem eveniat excluſis deſcendentibus feminarum, quia illi quamvis proximiores excluduntur omninò à remotioribus maſculorum deſcendentibus. Frigidum enim eſt, & futile hujuſmodi argumen-

Digitized by Google

tum : quia teſtator non ſolùm non dilexit ex æquo deſcendentes maſculorum , & feminarum : ſed hos ne dilexit quidem cùm eos non vocaverit ad hereditatem. Dilexit maſculos ex maſculis, dilexit familiam ſubſtitui ,quâ non continentur deſcendentes feminarum *l. pronunciatio 195. in fin. & l. ſeq. in fin. ff. de V.S.*

10 His probè conſtitutis , quæ nullâ cujuſquam auctoritate convelli poſſunt , apparet , falſam eſſe opinionem eorum qui putant triplicem vocationem maſculorum ex maſculis eſſe neceſſariam : videlicet ut vocati ſint filii maſculi ejus , qui primo loco ſubſtitutus eſt, & deinceps nepotes maſculi , & eorum deſcendentes maſculi. Quorsùm hæc toties repetita maſculorum nominatio ſit neceſſaria , non intelligo , cùm argumenta , quæ modo congeſſimus , perſpicuè probent , etiam duplicem vocationem excludere maſculos feminarum deſcendentes.

11 Nec illud probo , quod quidam docti definierunt , non excludi deſcendentes feminarum , ſi vocati fuerint filii maſculi alicujus certæ perſonæ , & eorum deſcendentes maſculi. Nam contrarium ſuadent omnia ferè argumenta , quibus ſententiam noſtram ſuprà confirmavimus. Sed noſtros Juriſconſultos in errorem induxit falſa opinio , quam in ſuperiore confutavimus argumentis nihil dubii relinquentibus , quòd ad excludendos maſculos ex feminis requirantur conjecturæ certæ , atque indubitatæ , quæ rem oculis ſubjiciant.

12 Secunda conjectura ad excludendos feminarum deſcendentes ,efficax eſt , ut mea fert opinio : ſi teſtator duas lineas ſubſtituerit , & in prima vocaverit maſculos , ità ut appareat , eum excluſiſſe maſculos ex feminis : nam tunc etiam in ſecunda linea , quæ deinceps eſt ſubſtituta,maſculos ex feminis excluſos eſſe cenſerem : quia conſtat maſculorum nomine teſtatorem indicare voluiſſe maſculos ex maſculis ; & de his ſolis cogitaſſe : hos tantummodò in mente habuiſſe. Ad hæc probandum adduci poſſunt pleraque ex ſuperioribus argumentis : maximè verò reſponſum Ulpiani in *l. qui filiabus 17. ff. de legat. 1.* quo ſolo hæc controverſia deciditur.

Confirmari etiam poteſt alio graviſſimo argumento. Nam ſi in linea primò vocata , quam teſtator prædilexit , excluduntur maſculi ex feminis : multò magis veriſimile eſt , eos excluſos fuiſſe in linea ſecundo loco ſubſtituta , quam teſtator minùs dilexit , & primæ poſthabuit *l. Publius 36. in fin. ff. de condit. & demonſtr.*

Item ſi in ſecunda linea admitterentur maſculi ex feminis , illud eveniret , quòd maſculi ex feminis hujus lineæ , quam minùs dilexit teſtator , minùs honoravit , primæ poſtpoſuit , excluderent maſculos ex feminis primæ lineæ , quam teſtator magis dilexit , magis honoravit , huic antepoſuit : quod utique veriſimile non eſt. Subſtitutus enim non debet eſſe melioris conditionis , quàm inſtitutus : nec plus habere ſecundo loco vocatus , quàm vocatus primo loco *l. Publius 36. §. 1. ff. de cond. & dem.* ubi JC. propter hanc conjecturam recedit à verborum ſignificatione. Ibi : *& verba quidem videntur repræſentare fideicommiſſum : ſed non eſt veriſimile , ut maturiùs teſtatrix voluerit ad ſubſtitutos id transferre.* Item paulò ante : *Etenim videri contra voluntatem teſtatricis , repræſentationem fideicom. deſiderari , ut amplius ad ſubſtitutos perveniat , quàm ad puerum pervenire potuiſſet.*

13 Tertia conjectura duci poteſt à parte conditionali : Teſtator inſtituit Caium , eique ſubſtituit ejus filios maſculos , & ex eis deſcendentes maſculos in infinitum. Deinde ſubjecit aliam ſubſtitutionem his verbis : *Deficiente prorsùs lineâ maſculorum ex maſculis Caji , ſubſtituo Titium , ejuſque filios maſculos , & ex eis deſcendentes maſculos in infinitum.* Prima ſubſtitutio ſeu inſtitutio Caii nihil habet dubitationis , quin vocati fuerint ejus deſcendentes maſculi ex maſculis , excluſis ſemper deſcendentibus ex feminis , cùm ipſe teſtator perſpicuè id declaraverit in adjecta conditione : ac propterea opus non eſt confugere ad conjecturas : clara enim eſt & certa mens teſtatoris. De ſubſtitutione etiam Titii vix ulla poteſt eſſe controverſia , cùm in ſuperiore , & antecedente conditione teſtator expoſuerit , quâ in ſignificatione nomen

maſculorum expreſſerit, & dilucidè oſtenderit, ſe nomine maſculorum comprehendiſſe ſolummodo maſculos ex maſculis. Talis enim ſcriptura non ſolum ad præcedentem ſubſtitutionem pertinet, ſed ad omnem, quæ in eo teſtamento ſcripta fuerit, extenditur: ut ait Ulpianus in *l. talis ſcriptura* 30. §. *ult. ff. de leg.* 1. præterquam quod verba ſemper interpretanda ſunt ſecundum mentem teſtatoris ea proferentis *l. cum quidam* 21. *ff. de legat.* 2. *l. cùm de lanionis* 18. §. *item cacabos* 3. *verſic. optimum ff. de inſtr. l. inſtrum.* maximè in fideicommiſſis *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi quis certam l. quiſquis* 95. *ff. de leg.* 3. *l. heredes mei* 57. *ff. ad S. C. Trebell. l. pen. ff. de leg.* 1. *l. cùm virum C. de fideic.*

Reliquas conjecturas, quæ à noſtris afferuntur, prætermittimus, facilè enim de illis judicium ferre poterit, qui hactenus à nobis expoſita accuratè perpenderit, & infixum animo tenuerit, quod in ſuperiore demonſtravimus, in eam ſententiam, quæ favet maſculis ex maſculis, propenſos nos eſſe debere: non autem ab ea, ut plerique ſine ulla ratione faciunt, abhorrere.

CAPUT XXX.

Ad L. cùm quid. 3. ff. de reb. cred.

SUMMARIUM.

1 *Scribendi occaſio.*
2 *Quod à lege conſtitutum eſt, aut eſt de natura actus, nihil refert, ut exprimatur & n. 3.*
4 *Veriſſima regula: eadem vis expreſſi, ac taciti: plures habet exceptiones.*
5 *Quod lex præcipit expreſſè fieri, ſi tacitè fiat, inutiliter fit.*
6 *Si repugnet natura actus, qui expreſſum reſpuat non tacitum, expreſſum nullam vim habet. Exempla & n. 7. 8. 1.*
9 *Si tacitum & expreſſum diſſimilia contineant, eamdem vim non habent.*
10 *Conditio* cum volueris *differt à conditione* ſi voles.
11 *Tempus incertum differt à conditione.*
12 *Verba* ſi æſtimaveris *differunt à verbis* ſi volueris.
13 *Si verba ex legis interpretatione diverſum quidpiam contineant, tacitum & expreſſum, non habent eumdem effectum. Exempla & n. 14. 15.*

EST omnium Juriſconſultorum ſermone ce- 1
lebratum: *taciti & expreſſi eadem virtus eſt*: quod tamquam axioma certiſſimum hujus auctoritate legis enuntiant. Sed ejus interpretationem, rationemque nec explicatè, nec diſtinctè explanant, imò ampliationum, & limitationum involucris obſcurant, & obruunt, & obſcuris dilucida, vera falſis involvunt. Ego quantùm potero, cuncta diſtinctè, illuminatè, abundanter explicabo.

Quotieſcumque aliquid aut à lege fuit conſtitutum, aut eſt de natura actus, qui geritur, nihil refert utrum diſponens illud exprimat, an tacitus omittat. Lex enim id præcipit etiam præter voluntatem hominis, nec indiget expreſſo ejus conſenſu, ſed ſui ipſius nititur auctoritate *l. 2. & l. legis virtus ff. de legib.* Quod autem eſt de natura actus, id voluiſſe intelliguntur, qui actum geſſerunt, niſi contrariam voluntatem declaraverint. Exemplis hæc uberius explicabo. De natura mutui eſt, ut æquè bonum reddatur: reddi enim non videtur res, ſi deterior reddatur. *l. 3. §. 1. ff. commod.* Idcircò nihil refert utrum caveat, an non caveat, ſibi reddi æquè bonum: id enim pro cauto habetur à lege, niſi contra nominatim caverit, noſtra *l. cùm quid mutuum ff. de reb. credit.* De natura emptionis eſt, ut venditor de evictione teneatur: cum enim lex eum non obliget ad transferendum dominium rei venditæ, ſed ſolum ad præſtandam vacuam poſſeſſionem, & ut emptori habere liceat rem emptam *l. venditor 8. ff. de evict.* huic conſequens eſt, ut de evictione teneatur *l. ex empto 11. § 1. & 2. ff. de act. empt.* Idcircò etſi nihil hac de re cautum fuerit, nihilominus tenetur *l. in vendendo 66. in princ. ff. de contr. empt.* Eâdem ratione cum venditor teneatur duplam ſtipulanti promittere *l. emptori 37. in princ. ff. de evict.* tenetur etiamſi eam non promiſerit *l. 2. ff. eod.* ſimile exemplum in *l. quòd ſi nolit 31. §. quia aſſidua 20. ff. de ædil. edict.* Lex enim operatur citra voluntatem contrahentium, & ſervari oportet, quod ipſa præcepit, niſi quis ei expreſsè renunciaverit. Rectè Severus, & Antoninus in *l. 3. in fin. C. de fidejuſſ.*

Digitized by Google

reſponderunt, plures fidejuſſores gaudere beneficio diviſionis ab Adriano conceſſo, licet in ſolidum expreſsè ſe obligaverint. Ibi: *tamen hæc res nihil mutat conditionem juris, & conſtitutionem. Nam, & cum hoc non adjiciatur, ſinguli tamen in ſolidum tenentur: ſed ubi ſunt omnes idonei in portionem obligatio dividitur.* Cum adjicitur id, quod ineſt auctoritate legis, nihil additur, aut detrahitur obligationi.

3 Veniamus ad ultimas voluntates. Si plures inſtituanrur heredes ſine partibus, lex omnibus æquas tribuit partes *l. quoties 9. §. heredes 12. ff. de hered. inſt. §. ſi plures 6. inſt. tit. eod.* In legato pluribus relicto pariter æquæ partes ſervantur *l. legata 19. §. ult. ff. de legat.* 1. Sive igitur teſtator æquas partes reliquerit, ſive partes non diſtribuerit, ſemper idem jus, niſi aliud expreſſerit, & inæquales partes fecerit, ex laudatis *ll.* Alia exempla paſſim occurrunt. De conditionibus aliquid adjiciamus, quarum difficilior eſt inveſtigatio. De his ita decernit Paulus in *l. conditiones 99 ff. de cond. & demonſt. Conditiones extrinſecus non ex teſtamento venientes, id eſt, quæ tacitè ineſſe videntur, non faciunt legata conditionalia.* Hujuſmodi ſunt conditiones, quæ tacitè inſunt, vel legis poteſtate, vel naturâ rei relictæ. Hæ autem ſive nominatim adjiciantur, ſive non adjiciantur, legatum non faciunt conditionale; exemplis rem explico. In legatis aliiſque, quæ in teſtamento relicta ſunt, ineſt tacitè conditio: ſi hereditas adeatur: eâ non aditâ intercidunt omnia *l. eam quam C. de fideicomm.* Hæc tamen conditio non facit legata conditionalia, ſive ea tacitè inſit ex vi legis, ſive etiam à teſtatore fuerit adjecta: ideoque legati dies ſtatim cedit, & moriente legatario ante aditam hereditatem tranſit ad ejus heredes *l. heredis aditio 7. in princ.* & in *§. tractari l. cùm illud 25. in fine ff. qu. di. leg. ced. & l. ſi Titio 21. ff. eod.* Aliud exemplum in hereditate, quod dilucidè explicatur in *l. Cornelius 68. ff. de hered. inſt.* Idem prorſùs evenit in conditione, quæ tacitè ineſt ex natura rei legatæ. In legato fructuum ineſt tacita conditio, ſi fructus naſcantur: in legato partûs, ſi naſcetur partus *l. 1. §. ult. ff. de cond. & dem.* Omnes igitur hujuſmodi conditiones, etiamſi à teſtatore exprimantur, non faciunt legatum conditionale *l. 3. ff. de leg. 1. l. in conditionibus 19. §. 1. l. ſervo 47. in fine l. aliquando 106. ff. de cond. & dem.* quia ſupervacuum eſt, eas exprimere, & adjicere, cùm inſint *d. l. ſervo 47. ff. de cond. & dem. & d. l. Cornelius 68. ff. de hered. inſt.*

Veriſſima igitur eſt regula propoſita, 4
quod ſi quid tacitè ineſt vel poteſtate legis, vel naturâ rei, eadem vis eſt taciti & expreſſi: ſeu rectiùs, eadem vis eſt expreſſi ac taciti: præeſt enim tacitum, eique accedit expreſſum, quod ipſi nihil addit roboris. Sed hoc fortaſſe nimis ſubtiliter: illud convenientiſſimum & veritati, & rei clarius explicandæ. *Supervacuum eſt exprimere, quod tacitè ineſt.* Hæc enim regula nititur auctoritate veterum Juriſconſultorum *d. l. Cornelius & d. l. ſervo.* In fine tamen hujus legis monet Marcellus: *ſæpenumero tamen mutatur rei effectus, quamquàm id expreſſit teſtator, quod etſi non feciſſet, ineſſet tamen.* Veriſſimè. Multæ enim hujus regulæ ſunt exceptiones, quas modò recenſebo, & in ſua genera digeſtas explicabo, quod nemo hactenùs præſtitit.

I. Quotieſcumque lex præcepit aliquid ex- 5
preſſe fieri, ſi tacitè fiat, inutiliter fit, & mutatur rei effectus, nec eadem eſt vis taciti, & expreſſi. Exemplum ſit in exheredatione. Filii in poteſtate exiſtentes aut inſtituendi ſunt, aur nominatim exheredandi *l. inter cætera 30. l. 1. 2. & 3. ff. de liber. & poſt. l. 1. in princ. ff. de hered. inſt. l. ult. §. ſancimus C. de lib. præter.* ſi prætereantur, nullum eſt teſtamentnm *d. l. inter cætera. princ. tit. inſt. de exhered. liber. l. 1. ff. de injuſt. rupt.* Præteritio igitur, quæ eſt tacita quædam exheredatio, non habet eumdem effectum, quem expreſſa exheredatio. Sic etiam cauſa exheredationis nominatim eſt exprimenda, eâque expreſsâ valet teſtamentum: non valet autem, ſi ſilentio prætereatur. *Nov. 115. cap. 4.* Aliud exemplum in pupillari ſubſtitutione. Expreſſa matrem excludit *l. Papinianus 8. §. Sed nec impuberis 5. ff. de*

inoff. teſt. c. 1. §. *ult. de teſtam. in* 6. & hoc lege præcipiente, non admitti legitimum heredem, quamdiu ſperatur heres ex teſtamento *l. quamdiu* 3. *& l. quamdiu* 63. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Tacita verò matrem non excludit *l. precibus c. de impub. & al. ſub. l. ult. c. de inſt. vel ſubſt.* Apparet autem, falſam eſſe limitationem quorumdam, tacitum non habere hujuſmodi momentum, ut valeat actum irritare.

6 II. Si repugnet natura actus, qui reſpuat expreſſum, non verò tacitum : idque fit auctoritate legis, quæ ejuſmodi naturam præſcripſit. In hoc differt à ſuperiori, quod ibi tacitum irritat, deſtruit actum, non autem expreſſum : hîc contrà expreſſum, non tacitum evertit, & inutilem actum efficit. Exemplum in *l. ſi quis Sempronium* 68. *in fin. verſic. ſic enim ff. de hered. inſt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet*, ſi quis heres exiſtat : *& tamen nemo dubitat, quin ſi ita aliquis filium exheredaverit* : Titius heres eſto, & cùm heres erit Titius, filius exheres eſto : *nullius momenti eſſe exheredationem.* Repugnat natura actus. Exheredatio non aditâ hereditate nullius momenti eſt *l. filium* 20. *in princ. verſic. ſed cum exheredatio ff. de bon. poſſeſſ. cont. tab.* Titius heres eſſe jubetur : antequàm filius exheres ſit : atqui hoc fieri non poteſt, quia filius, antequàm valeat exheredatio, pro præterito habetur : ideoque non poteſt ex teſtamento hereditas adiri. Implicant ſemetipſa ſeſe, & involvunt. Filius exheres non eſt, niſi poſtquam Titius heres fuit ; Titius autem heres eſſe non poteſt, niſi filius exheres ſit. Eâdem ratione non valet teſtamentum de quo in *l. ſi ita ſcriptum* 13. §. *teſtamentum* 2. *ff. de lib. & poſt. Titius poſt mortem filii mei heres eſto : filius exheres eſto.* Etenim filius exheredatus eſt poſt mortem ſuam, cùm valere non poſſit exheredatio, antequam Titius heres exiſtat : inutilis eſt autem exheredatio facta poſt mortem *l.* 4. §. *ult. verſic. cum etſi ff. de hered. inſt.* Simile admodum eſt, quod traditur in *l. quoties* 9. §. *ſi quis ita* 14. *ff. de hered. inſt.* licet ibi favore libertatis detrahatur verbum *poſteà* ; *Si quis ita ſcripſerit : Stichus liber eſto, & poſteaquam liber erit, heres eſto. Labeo, Neratius, & Ariſto opinantur, detracto verbo medio* poſteà, *ſimul, & libertatem, & hereditatem competere : quæ ſententia mihi quoque vera videtur.* Hic quoque niſi detraxeris verbum *poſteaquam*, libertas & hereditas invicem ſemetipſas impediunt : non poteſt enim ſervus liber eſſe, niſi ſit heres : nec heres, niſi liber ſit : ſed libertas, quæ maximè favorabilis eſt, interpretatione adjuvanda : non autem exheredatio, quæ odioſa eſt *l. cum quidam* 19. *in fin ff. de lib. & poſt.* Africanus quoque proponit ſimile legatum in *l. qui quadraginta* 88. *in princ. ff. ad l. Falc.* quod voluntatis interpretatione non valere decidit. Sed ad tacitum, & expreſſum revertamur.

Alterum eſt in obligatione quâlibet, ſive 7
ex contractu, ſive ex teſtamento. Repugnat natura obligationis, ut conferatur in voluntatem debitoris : obligatio enim neceſſitate nos ad ſolvendum aſtringit *princ. tit. inſt. de obligat. l. obligationum ſubſtantia ff. eodem.* Propterea, ſub hac conditione, *ſi volam* nulla fit obligatio : pro non dicto enim eſt quod dare, niſi velis, cogi non poſſis. *l. ſub hac* 8. *ff. eodem l. ſtipulatio* 17. *l. cùm à Titio* 108. §. 1. *ff. de V. O.* Poteſt tamen conferri tacite, veluti : *dabis, cum volueris l. centeſimis* 46. §. *ſi ita ff. eodem* hæc autem, *dabis ſi volueris*, inutilis eſt §. *ult. eodem.* Stichus, ſi tibi placuerit emptus erit aureis *tot.* §. *penult. inſt. tit. de empt. & vend.* Idem jus eſt de legatis *l. Senatus* 43. §. *penult. ff. de legat.* 1. Legatum in aliena voluntate poni poteſt, in heredis non poteſt. Tacite tamen rectè confertur, veluti, *ſi æſtimaveris ; ſi comprobaveris, ſi juſtum tibi videbitur, dato l. ſi ſic legatum* 75. *in princ. ff. de leg.* 1. vel hoc modo : *niſi nolueris, heres dato ; vel cùm volueris, dato l. fideicommiſſa* 11. §. *ſic fideicommiſſum* 5. *&* §. *ſeq. ff. de leg.* 3. Differentiæ rationem poſtmodò afferemus opportuniùs.

Tertium exemplum eſt in heredis inſ- 8
titutione, atque in legatis, quorum natura non ſolum reſpuit voluntatem debitoris, ſed etiam cujuſlibet alterius ; quo-

Digitized by Google

niam *teſtamentorum jura per ſe firma eſſe oportet, non ex alieno arbitrio pendere l. illa inſtitutio* 32. *ff. de hered. inſt.* Quamobrem vitioſa eſt inſtitutio : *quos Titius voluerit, heredes ſunto d. l. illa inſtitutio in princ.* Idem in legatis : non valet hujuſmodi legatum : *ſi Mævius voluerit, Titio decem do l. nonnumquam verſic. non tamen ff. de condit. & demonſtr.* valent tamen, ſi tacitè conferantur *d. l. non numquam in princ. l.* 1. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de legat.*

9 III. Si diverſa inter ſe ac diſſimilia contineant expreſſum, ac tacitum ; non poſſunt eamdem vim, atque effectum habere in *l. nonnumquam* 52. *ff. de cond. & dem.* non idem conditio : *ſi voluerit*, & , *ſi in Capitolium aſcenderit* : illa continet meram voluntatem : hæc factum aſcendendi in Capitolium : illa impletur ſtatim ac Mævius voluerit : hæc etiamſi maximè voluerit, tamen impleta non eſt, niſi Mævius aſcenderit in Capitolium. Illud legatum pendet à voluntate Mævii : hoc à facto aſcendendi. Propterea hoc valet illud eſt inutile.

10 Conditio quoque, *cum volueris*, diverſa eſt à conditione, *ſi voles.* Illa deſignat tempus voluntatis : hæc ipſam voluntatem. In illa per tempus conditio, in hâc per conditionem tempus demonſtratur *l. ſi Titio* 22. *in princ. verſ. cum priore ff. qu. di. leg. ced.* Illa confert in poteſtatem debitoris, quando velit debere : hæc, an velit debere. Quamquàm autem in heredis arbitrium conferri, an debeatur, non poſſit : quando tamen debeatur, conferri poteſt *l. fideicommiſſaria* 46. §. *quamquàm ff. de fideicomm. libert.* Quemadmodum, licet conferri non poſſit, an debeat : conferri tamen poteſt, quid debeat *d. l.* 46. §. *ult. l. heredes* 25. §. *ſi incerto* 17. *ff. fam. erciſc. l. nec ſemel* 12. §. *ſi cui homo* 7. *ff. qu. di. leg. ced. l.* 1. & 2. *ff. de opt. leg.* Verba igitur illa *cùm volueris* tractum temporis habent, quamdiu vivas, & ſi deceſſeris, antequàm illud præſtes, heres tuus præſtabit : quòd ſi deceſſerit legatarius, legatum extinguitur : eſt enim conditionale *l. fideicommiſſa* 11. §. *hoc autem ff. de leg.* 3.

Quamquàm autem traditum ſit, nihil intereſſe inter tempus incertum, & conditionem 11
l. quodcumque 45. *non ſolùm ff. de V. O.* tamen aliquando multùm intereſt. Ecce ſi ità ſtipuler : *dabis, ſi petiero* : ſuſpenditur obligatio. At ſi ità : *dabis cùm petiero* admonitionem potiùs quamdam quò celeriùs reddantur quaſi ſine mora, quam conditionem habet ſtipulatio *l. qui decem* 48. *ff. eodem.* Item licèt in omni inſtitutione ac legato tacitè inſit conditio, *ſi capax erit* §. *extraneis* 4. *inſtit. tit. de hered. qual. l. ſi alienum* 40. §. 1. *ff. de her. inſt.* tamen incapax rectè inſtituitur, *cùm capax erit. l. in tempus* 62. *ff. eodem.* Ratio, quia conditio illa refertur ad tempus teſtamenti, & mortis, & aditionis *hered. d. l.* hoc autem tempus comprehendit infinitum tempus, quandòcumque capax fuerit.

Superſunt alia duo verba : *ſi æſtimaveris,*
ſi tibi videbitur, non idem continent ac verba : *ſi volueris.* Hæc meram voluntatem : 12
illa arbitrium boni viri. *l. fideicommiſſa* 11. §. *quamquam ff. de leg.* 3. *l. ſi ſic legatum* 75. *in princ. ff. de legat.* 1. Item verba : *ſi placuerit vinum, vel ſervus, ſi non diſplicuerit*, non vitiant emptionem aut legatum, quia aliud eſt velle : aliud placere. Poteſt alicui res placere etiamſi emere nolit : poteſt diſplicere etiamſi emere voluerit : hoc à ſenſu judiciovè pendet, illud à voluntate : ideò illud vitiat emptionem, *l. in vendentis C. de contr. empt.* hoc non item §. *pen. Inſt. tit. de empt. l. quòd ſi nolit* 31. §. *ſi quid ità* 22. *ff. de ædilit. edict. l. Thais* §. *ſorore ff. de fideic. libert.*

IV. Quamvis verba videantur idem om- 13
ninò ſignificare : tamen ſi ex legis interpretatione diverſum quippiam contineant : tacitum, & expreſſum non habent eumdem effectum. Ecce verba : *ſi volueris* : & *niſi nolueris* : idem ſignificant, & tamen ſub hâc conditione legatum valet : non verò ſub illâ *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſic fideicommiſſum juncto* §. *quamquàm ff. de leg.* 3. Quid ità ? quia verba ? *niſi noluerit*, lex interpretatur de prima voluntate, ità ut ſi non declaret ſe nolle, non poſſit poſteà di-

Digitized by Google

cere ſe noluiſſe *d.* §. *ſic fideicommiſſum.* Verum eſt enim eum non noluiſſe, cùm non repugnaverit voluntati fideicommittentis, quandò potuit. Eâdem ratione verba: *ſi volueris*, non vitiant fideicommiſſum libertatis *l. fideicommiſſaria 46. in princ. ff. de fideicommiſſariis libert.* quia lex favore libertatis ea interpretatur de arbitrio boni viri § *ſed etſi 2. eâdem l.* Aliud exemplum in *l. talis ſcriptura 30. ff. de leg.* 1. Teſtator quædam legata purè reliquit, & Titio legavit centum præſentia: poſteà adjecit vulgarem clauſulam: *quas pecunias legavi, quibus dies appoſitus non eſt, eas heres meus annua, bima, trima die dato.* Quæſitum in §. 1. an hæc clauſula referatur dumtaxat ad legata pura, an etiam ad legatum præſens. Videretur dicendum ad omnia referri: quia etiam legatum præſens, vel præſenti die, purum eſt non in diem; & legatum purum præſens eſt *l. liber homo* 118. §. *decem ff. de V. O. l. cedere diem ff. de V. S.* In legato purè relicto tacitè ineſt præſens dies: in hoc ineſt expreſſè. Reſpondit tamen Ulpianus, hoc legatum non differri per illam clauſulam; quia verum eſt, ei diem appoſitum fuiſſe. Licèt autem *hac adjectio ſupervacua ſit quantùm ad vim, & effectum legati pertinet, tamen ad hoc proficit, ut præſenti die legatum debeatur d. l. talis ſcriptura* §. 1. Quòd ſi in clauſula non fuiſſent adjecta verba illa: *quibus dies appoſitus non eſt*: videretur dicendum illud quoque differri per text. in *l. ſi mihi 12. in fin. ff. de leg.* 1. *& l. Titio 74. ff. de leg.* 3. niſi eum Cujacio addamus particulam *non*, quod rectius eſt.

Alterum eſt legatum optionis, quod valdè
14 differt à legato generis, licèt in utroque detur electio legatario: in illo quidem expreſſim §. *optionis 23. inſtit. tit. de legat.* in hoc verò tacitè *l. ſi ſervus* 108. §. *cùm homo ff. de leg.* 1. *l.* 2. §. 1. *ff. de opt. leg.* §. *ſi generaliter 22. inſt. tit. de legat.* ſed cùm lex certam ac ſingularem naturam legato optionis tribuerit, in multis differt à legato generis *d. tit.* §. *optionis.* Ea præcipua eſt differentia, quòd in legato optionis optimum eligi poteſt *l. ſi quis affirmavit* 9. §. 1. *ff. de dol. mal. l. 2. in princ. ff de opt. leg.* in legato generis non item *l. legato 37. ff. de legat.* 1. Cæteras referre non vacat: videantur *D D. ad d.* § *optionis.*

In *l. talem 51. ff. de hered. inſt.* duo alia 15
proponuntur exempla: alterum in princip. alterum in §. 1. In primo, ut valeat ex reſcripto D. Marci, favore libertatis detrahitur conditio, *ſi liberaverit*, ſecundùm ſententiam Proculianorum, de qua in *l. quoties* 9. §. *ſi quis ità ſcripſit 14 ff. eodem.* Sed de hoc ſuprà diximus. In §. 1. ſpecies hujuſmodi ponitur. *Si quis ità ſcripſerit: Stichus, ſi meus erit, cùm moriar, liber & heres eſto, alienatus non poterit juſſu emptoris adire hereditatem: quamvis etſi non erat hoc expreſſum, non aliàs liber, & heres fieri poterat, quàm ſi manſiſſet ejus.* Hæc poſtrema verba intelligenda ſunt de perſona ipſius ſervi, qui non poteſt eſſe heres, niſi liber ſit: nec poteſt eſſe liber, niſi ſit teſtatoris, cùm moritur: quia nemo dare poteſt libertatem alieno ſervo. Cæterùm tacita conditio afficit ſolummodò dationem libertatis ex adducta cauſa, non autem inſtitutionem. quia etiam alienus ſervus heres rectè inſtituitur, qui licèt ſibi non acquirat hereditatem, ipſam tamen acquirit domino *l. ſervus 3. l. non minùs 31. de hered. inſt. princ. tit. inſt. eodem.* Quamobrem etſi libertatem dederit ſub conditione: *ſi meus erit*, hereditatem autem ſine conditione, alienatus domino acquiret *l. ſervo 47. ff. de cond. & dem.* Expreſſa autem conditio afficit utrumque & in hoc differt à tacita. Quare hoc exemplum potiùs ad ſuperiorem exceptionem pertinet.

Quod in fine habetur, verè fit ex interpretatione legis: quod etiam à vivo teſtatore manumiſſus heres fiat, & verba, *ſi meus erit*, comprehendant libertum, contrà *princ. tit. inſt. de hered. inſt.* Ergo hîc legis interpretatione fit, ut expreſſum habet vim taciti, contra quam ſoleat in aliis caſibus contingere. Nemo hactenùs hoc axioma ſic explicavit.

FINIS LIBRI TERTII.

Digitized by Google